

ABUS DES DROITS ET MATIÈRE CONTRACTUELLE

Contribution à l'étude synthétique de l'abus

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 16 Juillet 1935, à 14 heures

PAR

Dan-Georges RADULESCO

Jury de la Thèse :

Président : M. R. DEMOGUE, professeur.
Suffragants : M. R. CASSIN, professeur.
M. A. AMIAUD, professeur

LIBRAIRIE L. RODSTEIN
17, rue Cujas, Paris (5^e)
1935

ABUS DES DROITS ET MATIÈRE CONTRACTUELLE

Contribution à l'étude synthétique de l'abus

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 16 Juillet 1935, à 14 heures

PAR

Dan-Georges RADULESCO

Jury de la Thèse :

Président : M. R. DEMOGUE, professeur.

Suffragants : M. R. CASSIN, professeur.

M. A. AMIAUD, professeur

LIBRAIRIE L. RODSTEIN
17, rue Cujas, Paris (5°)

1935

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A LA MEMOIRE DE MON PERE
AU DOCTEUR C.-D. RADULESCO

INTRODUCTION

Depuis la fin du XIX^e siècle les controverses se déroulent autour de la notion de l'abus des droits, sans qu'un accord ait rallié fermement une majorité de la doctrine; la discussion aussi sur la forme que sur le fond de la question persiste. Cette longue résistance à la construction qu'offre la matière de l'abus nous semble témoigner de l'importance des problèmes qu'elle contient en suspension.

Le Palais a, encore une fois, tranché sur le souci de construction théorique. Exigences de justice et d'utilité sociale l'ont conduit à s'emparer de la notion de l'abus et de l'appliquer presque constamment sur des points très divers. Ainsi qu'une masse de décisions dans des domaines disparates attendaient leurs solutions d'ensemble et, peut-être, un triage. Sur cette masse la doctrine a travaillé; on s'est efforcé à fonder les décisions, d'en dégager les critères généraux, de définir les éléments employés par la jurisprudence, de refuser des solutions qu'on déclarait à tort rattachées à la conception de l'abus.

Les opinions ne sont pas moins différentes sur l'explication juridique du fond de la question. Si la construction proprement technique est destinée, paraît-il, à présenter des modalités suivant chaque domaine d'application, la question de fond se rattache aux problèmes généraux du Droit et tend nécessairement à une unité supérieure. En ce sens la théorie de l'abus paraît conduire à un conflit entre deux conceptions et sentiments différents de la Justice même, où il faut faire un choix.

Des maîtres éminents ont fait entendre leurs avis, les études savantes forment légion. La matière est trop fraîche encore pour ne pas se laisser tenter d'en refaire une revue, forcément

incomplète, dans ses données générales. On peut avoir le sentiment, — déjà exprimé, — que certaines lignes de force du problème aboutissent toujours à quelques vieilles notions statutaires de la vie juridique, telles que la faute, la bonne foi, la fraude, — en les rajeunissant. La confrontation des suggestions apportées par la thèse moderne de l'abus des droits avec le sens intime de quelques applications qu'on en fait, d'une manière régulière, en matière contractuelle, nous a paru présenter un certain intérêt, de ce point de vue.

Le grand nombre d'études que réunit l'abus des droits, la place qu'il commence à avoir dans les traités généraux et dans les répertoires, nous enlève le souci de faire son exposition didactique, — encore une fois, après des auteurs qui l'ont donnée d'une façon brillante.

Ainsi que nous insisterons plutôt sur certains de ses aspects qui lui font une place à part dans la crise actuelle du Droit et qui fait ressortir ses aspirations caractéristiques.

CHAPITRE PREMIER

LE PROBLEME DE L'ABUS

DANS LE CADRE DE LA RESPONSABILITE CIVILE

La notion de l'abus apparaît singulièrement complexe, touchant à plusieurs ordres d'idées qu'on peut voir se déterminer et se hiérarchiser. Et la distinction nette de ces incidences semble avoir plus d'un intérêt de simple méthode dans l'exposition du sujet : celui de permettre une position un peu plus générale devant le problème et de donner la possibilité d'envisager, ensuite, des solutions harmoniques.

Les discussions doctrinales autour de cette tendance portent sur deux plans, le premier étant le plan technique de la responsabilité et le deuxième touchant à la notion même du Droit, spécialement à la notion du droit subjectif, — par l'opposition de la conception absolutiste des droits à la conception relativiste. Un regard sur les controverses doctrinales et sur les applications jurisprudentielles caractéristiques de l'abus, très connues, ne fait que nous affermir dans cette opinion. On est parti des questions pratiques de responsabilité, pour élargir ensuite la question, d'une façon générale et systématique, dans le domaine des principes de la responsabilité civile. Et les discussions engagées dans ce plan-là ne tardèrent à toucher aux notions les plus générales du Droit. Est-on justifié de rattacher la tendance de l'abus

aux questions fondamentales du Droit et de la considérer de cette façon comme une notion quasi-révolutionnaire qui synthétise, elle-même, provisoirement et dans l'ordre pratique, de l'action, d'autres tendances qui déclarent avoir pour objet propre une refonte de quelques principes premiers — ou faut-il la cantonner dans le domaine de la responsabilité?

Autrement dit, on se demande si le problème de la responsabilité pour l'exercice abusif des droits peut recevoir une solution uniquement par le jeu des principes de la responsabilité civile traditionnellement admis ; une solution scientifique, systématique, qui soit implicite dans l'extension normale de ces principes, et non pas seulement une solution de valeur empirique ; ou bien cette solution doit-elle être commandée par des idées qui dépassent le domaine propre de la responsabilité civile et qui déterminent ses règles. L'intérêt dernier de cette question sera de pouvoir utiliser les suggestions apportées par l'idée de l'abus des droits en dehors des applications de l'art. 1382 du Code civil.

Section I

FORME ORIGINALE DU PROBLÈME DE L'ABUS

I) La notion de l'abus des droits, à la suite des applications jurisprudentielles, dans sa forme originaire, se pose comme un problème de délimitation du champ d'application de la responsabilité civile : essentiellement on demande s'il peut y avoir une responsabilité et une réparation du dommage causé par l'exercice d'un droit. Cette forme présente la question dans son expression proprement juridique la plus générale, — et nous

place d'emblée au centre des principes primordiaux de la responsabilité, sollicitant finalement un triage parmi les dommages résultant, pour un tiers, de l'exercice d'un droit : « dommages abusifs » engageant la responsabilité et dommages « légitimes », qui laissent une pleine irresponsabilité au titulaire du droit.

Certainement, ce triage n'est pas une nouveauté ; mais la question de l'abus la remet à l'ordre du jour avec une ampleur qui lui en constitue une caractéristique. Et on a eu le sentiment que l'on sollicite des solutions bien différentes de celles qui ont provoqué, justement, l'avènement de la théorie.

II) La question posée de telle façon nous place immédiatement en contact avec les concepts généraux du licite et de l'illicite : la question de savoir si *tout* dommage causé dans l'exercice d'un droit est licite, nous conduit à envisager un des critères du couple licéité — illicéité. Or, la doctrine traditionnelle de la responsabilité a considéré la question comme tranchée par son énoncé même : un des signes du licite apparaissait évidemment l'établissement d'un droit, c'est-à-dire la formule d'une activité libre et irresponsable du sujet du droit ; et les rares exceptions on les rattachait tranquillement à l'équité (1) ou même à la charité (2). La règle qu'on emploie depuis longtemps pour exprimer cette vérité d'évidence est « *neminem laedit qui suo jure utitur* » (3), ou bien « *nullus*

(1)° Par exemple, LAROMBIÈRE, *Oblig.*, t. VII, art. 1382, n. 11, p. 594 ; SOURDAT, 5^e éd., t. I, n° 440, pp. 548-549 (manque d'utilité) ; n° 643 (imprudence, négligence, intention de nuire).

(2) SOURDAT, *ibid.*, n° 439.

(3) ZACHARIÆ, 2^e éd., t. III, p. 190 ; 4^e éd., t. IV, p. 746, § 444, texte et note 13. — TOULLIER, t. VI, n° 119. — COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 364 *bis*. — PROUDHON, *Usufruit*, t. III,

videtur dolo facere qui suo jure utitur » (Gaius, D., L. 55, De reg. juris, 50, 17), « non videtur vim facere qui suo jure utitur et ordinaria actione experitur » (Paul, Lib. LXV, *Ad edictum*, D., L. 155, § 1, De Dreg. juris, 50, 17), « nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet » (Paul, Lib. LXIV *Ad edictum*, L. 151, D., 57, 17) (4).

n^{os} 1485-1486. — DURANTON, t. XIII, n^o 699. — DEMOLOMBE, t. XII, p. 134, n^o 648. — AUBRY, RAU et BARTIN, t. VI, 5^e éd., 1920, § 444, p. 342, note 3. — SOURDAT, t. I, 5^e éd., n^o 419, pp. 522-523; n^o 643, p. 723. — BAUDRY-LACANT et BARDE, 3^e éd., t. IV, 1908, n^o 2854, pp. 537 et s. — Voy. BLONDEL, note civ., S. 97-1-274; APPERT, note, S. 1905-2-102.

LAROMBIÈRE, *Oblig.*, éd. 1885, t. VII, art. 1382 et 1383, n^o 10, pp. 541 et s. : toute question de faute et d'imputabilité rentre elle-même dans l'examen du caractère illicite que doit présenter le fait dommageable. Or, par illicite, il faut entendre ce que la loi n'autorise point, ce qu'elle défend même, ou qu'on n'a pas le droit de faire, *quod non jure fit*... Réciproquement est licite ce qu'on a le droit de faire. Dès lors, nul n'est en faute quand il ne fait qu'user de son droit... et celui-là seul cause un préjudice qui fait ce qu'il n'a pas le droit de faire... Ce ne serait plus en réalité un droit s'il ne pouvait l'exercer que moyennant indemnité en faveur de celui qui souffrirait de son service... Telle est enfin la nature d'un droit : qu'il n'existe en somme au profit de l'un qu'à l'exclusion et au préjudice même de tous les autres. Tant mieux, tant pis ; cette maxime du monde s'applique également au droit strict (mais au n^o 11 il fait déjà la réserve de l'exercice « prudent » et de la possibilité de l'abus).

(4) Mais dès à présent, on doit signaler que la valeur absolue de ces maximes est due à une « généralisation abusive ». Voir APPLETON, Les exercices pratiques dans l'enseignement du Droit romain et plan d'un cours sur l'abus des droits, *Rev. Internat. de l'Enseignement*, 1924, spéc., p. 150.

Section II

APPLICATIONS ET CONTROVERSES DOCTRINALES SUR LA NOTION DANS LE PLAN DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

§ I

Théorie jurisprudentielle de l'abus

La jurisprudence dans ce domaine, comme dans tant d'autres, a fait œuvre créatrice. La thèse de l'abus des droits se trouva appliquée dans les prétoires presque au lendemain du Code civil, malgré le silence des textes. Et cette entreprise d'harmonie sociale a continué à travers les controverses qui commencent dans les dernières vingt années du XIX^e siècle pour aboutir de nos jours, — avec la collaboration vigilante de la doctrine contemporaine —, à une répression constante et générale de l'usage illicite des droits. C'est un rejet, de moins en moins timide, de l'abstentionnisme qui trouverait une justification commode dans l'interprétation mécanique et littérale des textes — et contre les plus éminents représentants de l'Ecole exégétique qui, par respect pour la lettre de la loi, se seraient résignés à cette conséquence.

Les premières réactions contre l'usage abusif des droits se trouvent dans la matière de l'exercice malicieux, vexatoire. C'est la consécration de la solution traditionnelle héritée du droit romain, conservée et transmise par les juristes de l'ancien droit. Ainsi, donnant une conception générale du Droit, par exemple, Celsus nous dit : « ...jus est ars boni et aequi » (Fr. I, D.,

De just. et de jure I, 1) ; ou bien « neque malitiis indulgendum est (D., VI, I, de rei vindicatione, fr. 38) ; « summum jus saepe summa malitia » (Terence, Heantontimoroumenos, IV, 5, 48) ; Domat dit de même : « ... nuire aux autres sans usage pour soi... [est] malice que l'équité ne souffrirait pas » (Lois civiles, liv. III, tit. VIII, sec. 3, § 9).

Cette jurisprudence a débordé ensuite le domaine de l'intention de nuire et ses applications ont gagné en profondeur pour arriver à toucher et caractériser comme illicite l'usage simplement fautif des droits, qui pêchait envers le devoir de diligence, ou encore celui qui s'abritant derrière les interprétations formelles des textes légaux au contractuels allait contre le but du législateur ou celui qu'on pouvait raisonnablement lui attribuer du point de vue social. De plus, la jurisprudence a-t-elle été conduite à imposer ces restrictions à presque toutes les prérogatives individuelles, même à celles qui ont formé l'objet d'une définition légale ou contractuelle plus stricte, en gagnant ainsi en étendue (5).

(5) A titre purement démonstratif, nous donnons ici quelques applications jurisprudentielles choisies dans la matière extracontractuelle :

INTENTION DE NUIRE. — *Propriété*. Civ., 19 déc. 1817, S. 18-1-170 ; — Colmar, 2 mai 1855, D. 56-2-9 (arrêt Dœrr : la justice et l'équité demandent à sanctionner la malveillance ne se justifiant par aucune utilité personnelle, le droit de propriété ayant pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime ; fausse cheminée) ; — Lyon, 18 avril 1856, D. 56-2-299 ; — Paris, 2 déc. 1871, D. 73-2-105 ; — t. Sedan, 17 déc. 1904, S. 1904-2-217, note Appert (jugement Savart : l'exercice des droits est conditionné par l'existence d'un intérêt sérieux et légitime. La limitation du droit de propriété est commandée par la morale et l'équité la plus vulgaire. Application de la maxime « *malitiis non est indulgendum* » à l'obstruction des vues et jours par cloison inutilement haute) ; — Compiègne, 19 avr. 1913, D. 1913-2-177 et note Josserand (arrêt Clément-Bayard) et Req. 3 août 1915,

Les critères jurisprudentiels pour départager l'usage licite de l'usage abusif des droits sont, en ligne générale, (nous comptons exposer ailleurs la matière des critères), l'intention de nuire, la simple faute et les « mobiles illégitimes ».

D. 1917-1-79, S. 1920-1-300 (échafaudage inutile en vue de nuire et dans un but de spéculation); Req., 16 juin 1913, S. 14-1-266 (tarir une source en vue de nuire); — D. P. 1913-2-17, note Lalou; — D. P. 1917-1-79, note Lalou.

Action en justice. — Cass., 3 mai 1836, S. 36-1-914, et 11 janvier 1837, D. P. 37-1-224 (rapportées par E.-H. Perreau, *Technique de la Jurisprudence*, t. II, n° 194, note 4); — Civ., 14 août 1883, D. 83-1-255 (malice et mauvaise foi); — Req., 28 mai 1884, J.G.S., Resp., v. n° 83; — Req., 1^{er} juill. 1889, D. P. 90-1-375 (demandeur de mauvaise foi); — Req., 13 juill. 1895, D. P. 95-1-501 (*idem*); — Civ., 17 fév. 1902, D. P. 1902-1-267 (*idem*); — Civ., 24 avr. 1907-1-293 (*idem*); — Req., S. 1910-1-286, D. 1911-1-189 (exercice malicieux et vexatoire); — Req. 27 juil. 1903, D. P. 1903-1-488 (sont vexatoires les poursuites en contradiction avec une conduite antérieure, décl. et offres); — D. P. 1896-1-241, note Sarrut (résistance injustifiée du défendeur de mauvaise foi); — Civ., D. P. 1904-1-469 (*idem*); — Civ., D. P. 1908-1-376; — Civ. 29 oct. 1913, D. P. 1917-1-169; — incidents abusifs de procédure: Civ., 3 avr. 1891, D. P. 1892-1-566; — Req., 10 janv. 1910, D. P. 1911-1-369; — Req., 14 mars 1905, D. P. 1905-1-270; — Civ., 19 mars 1928, D. H. 1928, 303 (défense constituant un acte de malice ou de mauvaise foi); — Civ., 30 juin 1930, D. H. 1930, 539 (*idem*); — Req., 7 mai 1924, D. H. 1924, 454, S. 1926-1-252; — Req., 27 janv. 1931, D. H. 1931, 97, D. P. 1931-1-65, rapp. cons. P. Dumas et note (recours purement moratoire); — Orléans, 8 juil. 1929, D. H. 1930, 38 (action injustifiée en correctionnelle); — Paris, 28 janv. 1928, D. H. 1928, 258 (dommages-intérêts à la suite d'une plainte tendant à des poursuites correctionnelles et suivie de non-lieu); — Paris, 24 fév. 1920, D. P. 1920-2-104 (appel moratoire); — Req., 27 janv. 1931, D. H. 1931, 97 (*idem*).

Voies d'exécution. — Req., 4 fév. 1901, D. P. 1901-1-329 (saisie arrêt faite dans des conditions vexatoires); — Poitiers, 29 janv. 1923, D. P. 1923-2-49; note Jossierand c. bailleur qui, connaissant un pourvoi

L'intention de nuire est retenue quand elle peut être dégagée avec netteté. Dans la pratique judiciaire, cette intention de nuire est prouvée négativement, d'une manière indirecte, par

antérieur, la décision n'étant pas définitive, exécute l'expulsion du locataire) ; — Paris, 26 juil. 1919, D. P. 1920-2-104 (saisie supérieure à la créance) ; — Req., 14 janv. 1930, D. H. 1930, 114 (saisie vexatoire).

Droit de critique. — Trib. Com. Seine, 20 mars 1928, D. H. 1928, 262 (critique ciném. dans le but d'entraver l'exploitation comm. d'une société) ; — Orléans, S. 1912-2-1, D. 1914-2-97. — *Droit de communiquer par téléphone*: Seine, 28 juin 1928 et 18 janv. 1929, *Gaz. Pal.* 1929-1-686 (rapportées par MM. Mazeaud, t. I, 2^e éd., n^o 566 et note 4 ter). — *Mise à l'index*: Req., D. P. 1905-1-153, et Civ., D. P. 1916-1-25.

EXERCICE FAUTIF. — *Propriété*: Manque de précautions nécessaires pour éviter les effondrements des maisons voisines en cas de fouilles: Colmar, 25 juill. 1861, S. 1861-2-577, note Carette; — Dijon, S. 1868-2-219; — Cass., 3 juil. 1849, S. 1849-1-624; — Bourges, 19 fév. 1872, D. 72-2-37 (précautions nécessaires si on bâtit jusqu'à l'extrême limite de l'héritage); — Req., D. 1883-1-332 (accidents causés par l'exéc. défectueuse des passages ouverts au public); — Civ., 30 juil. 1918, D. P. 1919-1-39; — Req., 23 mars 1927, D. H. 1927, 239, D. P. 1928-1-73 et diss. Savatier (accumulation dépôt pierre anormal et évitable, lézardant la maison voisine).

Action en justice: Req., D. 1868-1-334; — Civ., D. 1886-1-207 (demande fautive); — Req., S. 1911-1-471 (*idem*); — Civ., 14 août 1883, S. 1883-1-145, D. 1883-1-255 (erreur grossière); — Civ., S. 1891-1-471 (défense fautive); — 16 fév. 1858, D. 1858-1-128 (inopportunité, action sans discernement); — Req., 29 nov. 1905, D. P. 1906-1-207 (action « inconsiderée »); — Req., 18 nov. 1907, D. P. 1908-1-91 (*idem*).

Voies d'exécution: Montpellier, 18 mars 1930, D. P. 1930-2-145, note Percerou (saisie rigoureuse non légitimée en fait); — Civ., 23 juin 1930, D. H. 1930, 442 (la saisie est une mesure facultative et à laquelle on ne doit recourir qu'avec prudence et à ses risques et périls).

« MOBILES ILLÉGITIMES », DÉTOURNEMENT DU BUT. — *Mise à l'index*: Paris, 5 fév. 1901, D. P. 1901-2-427; — Req., 25 janv.

l'absence d'utilité résultant pour le titulaire de l'exercice du droit ; les tribunaux, prudents, accouplent ordinairement les deux circonstances.

Les « mobiles légitimes », c'est un concept très général et très souple pouvant embrasser la matière entière de l'abus. De fait, la diligence et le but social des droits y sont le plus souvent visés, à l'occasion de l'exercice des droits les plus divers.

Le fondement légal des décisions c'est l'article 1382 C. c. On en fait une application à tous les droits (6). C'est une solution qui se base uniquement, au point de vue formel, sur les termes très généraux de l'article 1382, « ... tout fait de l'homme... », et sur la maxime « malitiis... ». Dans ces conditions, elle fait abstraction de la doctrine traditionnelle de la faute qui mettait comme une des conditions de l'acte illicite

1905, S. 1906-1-209, note A. Wahl; — D. P. 1905-1-153, note Planiol; — Cpr. D. P. 1903-2-329, note Planiol (mise à l'index licite parce que but licite, cf. Naquet, note S. 1912-2-97); — Bordeaux, 14 déc. 1903, D. P. 1905-1-217, note G. Ferron; — Reims, 7 fév. 1900, S. 1903-2-225, note A. Wahl; — Trib. Civ. Seine, 20 déc. 1929, D. H. 1930, 190; Seine, 18 janv. 1929, *Gaz. Pal.* 1929-1-586, et *Rev. trim.* 1929, p. 422, n° 3.

Droit de réponse: D. P. 1899-1-289, note J. Appleton; — D. P. 1922-2-129, concl. av. gén. Dreyfus et sur pourvoi Cass., D. 1924-1-97, note Josserand.

Droit de garde: Paris, 8 fév. 1912, S. 1912, S. 1914-2-209, note Hugueney.

Droit de grève: abus si on poursuit un autre but que l'intérêt professionnel: Civ., 22 juin 1892, D. P. 1892-1-449, concl. pr. gén. Ronjat; — Civ., 9 juin 1896, S. 1897-1-25, concl. av. gén. Dejarbins; — Civ., 29 juin 1897, D. 97-1-539, note Dupuich; — S. 1898-1-17, note Esmein; — Riom, S. 1903-2-225, note A. Wahl; — D. 1905-1-153, note Planiol; — Lyon, D. 1894-2-305, note Planiol.

(6) Voir LALOU, *La resp. civ.*, nos 411 et s., et 2^e éd., nos 878 et s.

celle de ne pas se réclamer de l'exercice d'un droit, autrement dit de la théorie classique de l'irresponsabilité de principe dans l'exercice des droits — sauf des cas « limite » d'équité. Or, il reste à voir ailleurs si l'extension actuelle du champ d'application de l'abus n'oblige pas à constater une nouvelle conception de la faute qui puisse se justifier dans un ensemble de principes — ou bien se décider à qualifier comme une application empirique cet emploi de l'art. 1382.

§ II

Doctrines sur l'application de l'article 1382

L'application qu'a fait la jurisprudence de l'article 1382 pour sanctionner l'usage abusif des droits a préoccupé les auteurs. Pour le moment nous allons retenir seulement cet aspect des controverses qui ont roulé sur la question.

I) Les premiers commentateurs voient la sanction de l'acte abusif rentrant sans difficulté dans le cadre de l'art. 1382. L'abus ne se posait pas comme un problème de responsabilité, mais comme un simple cas de responsabilité fondé sur une équité immédiate, parce qu'ils n'ont pas eu à l'envisager que sous forme subjective, de l'intention de nuire, la plus directe, — et aussi parce que les applications n'avaient pas d'importance numérique (7).

(7) Ainsi comp. TOULLIER, t. II, n° 154; — ZACHARIÆ, t. III, p. 195, n° 5, 1^{re} éd.; t. IV, p. 755, 4^e; — PROUDHON, *Usufruit*, t. III, n° 1487; — LAROMBIÈRE, *Oblig.*, éd. 1885, t. VII, art. 1382,

II) Mais les applications de plus en plus variées et nombreuses de l'abus et sa constitution en théorie ont amené des divergences sur son encadrement légal. Ces divergences sont particulièrement significatives en ce qui concerne le point de savoir si l'abus peut trouver une solution dans le cadre traditionnel de la responsabilité civile. Aussi insisterons-nous sur les divers points de vue.

Tout d'abord, nous faisons état d'une opinion qui sort complètement la question du domaine de la responsabilité classique. Celle exposée accidentellement par MM. Ripert (8), Ferron (9), et Hamel (10), qui ramènent les critères de l'abus au critère général de l'exercice anormal. Donc on envisage une responsabilité particulière pour les hypothèses de l'abus, sortant des visées ordinaires de l'art. 1382 (11).

La deuxième thèse prétend que la responsabilité pour les dommages causés par les actes abusifs ne peut pas être celle du droit commun, mais une responsabilité autonome (12). L'abus

n° 29. D. 561; LAURENT, *Principes*, t. XX, n° 408-417 et suppl. par C. Sivilie, 1902, t. V, n° 537; — SOURDAT, t. I, 5^e éd., n° 439, pp. 547-548.

Pour la doctrine des premiers commentateurs, voy. M. R. DEMOGUE, *Oblig.*, t. IV, n° 667, et BETTREMIEUX, *Essai sur le fondement de la respons. civ.*, thèse, Lille, 1921, pp. 145 et 167.

(8) Note, D. 1907-1-386 (voisinage).

(9) Note, S. 1905-11-17.

(10) Note, D. 1925-1-196.

(11) Comp. GENY, note, P. F. 1890-1-340, col. 3.

(12) V. l'exposition du point de vue autonomiste sous les rapports de la responsabilité, domaine d'application, et critères dans M. R. DEMOGUE, *Oblig.*, t. IV, p. 363.

ne peut pas être assimilé au délit. Plusieurs chefs de répudiation de l'application de l'art. 1382 ont été produits. On conclut que l'abus ne constitue pas la faute de l'art. 1382, en partant de la définition de la faute de Planiol : la faute est un « manquement à une obligation préexistente ». Or, dit-on, par l'abus on ne manque à aucune obligation préexistente, parce qu'il est commis dans les limites objectives du droit. Nous croyons qu'il s'agit ici d'une interprétation spéciale de la formule de Planiol, que nous ne saurions discuter ici (13). En tout cas, on conclut à l'existence juridique autonome de la notion de l'abus — qui vient renforcer l'application de l'art. 1382, en permettant d'atteindre des actes illicites que celui-ci ne touchait pas. La théorie de l'abus est une théorie originale, de source jurisprudentielle et doctrinale. C'est l'opinion, notamment de M. Bonnecase (14) et aussi de M. Brèthe (dans ses conclusions) (15).

Ou bien, on considère la notion de la faute, telle qu'elle est comprise dans le cadre de l'art. 1382, comme insuffisante pour caractériser l'abus. Au fond on se réfère par cette constatation à une certaine définition classique de la faute qui pose comme condition de celle-ci que l'acte dommageable soit illicite en soi, c'est-à-dire qu'il soit commis *sans droit* — et en lésant le droit d'autrui. Or, on considère, par hypothèse, que le dommage est

(13) Contrà. MAZEAUD. t. I, 2^e éd., n° 564: « même si exacte, une pareille définition de la faute, on ne voit pourquoi celui qui exerce un droit méchamment ne manque pas à une obligation préexistante: n'existe-t-il pas une obligation de ne pas causer de tort à autrui par malice? » — Au fond, c'est toujours l'exigence du défaut de droit: on ne manque pas à une obligation préexistante parce qu'on reste dans les limites objectives de son droit.

(14) *Supplément au Traité de Baudry-Lacant*, t. III, n° 236, et *Précis de Droit civil*, 1934, t. II, n° 351, pp. 326-327.

(15) Note préc.

causé dans l'exercice d'un droit. Donc la question est d'atteindre d'une autre manière ce nouvel acte illicite et on ne peut pas le faire que par une notion d'ordre exceptionnel, qui est justement celle de l'abus. Elle viendra limiter la portée trop absolue du principe « *neminem...* » telle qu'elle est posée par la définition de la faute. On arrive ainsi à la conclusion que la responsabilité pour l'abus est une responsabilité spéciale, autonome. Dans le cadre de la responsabilité, c'est la même conclusion qu'auparavant : il y a le parallélisme « acte illicite », au sens classique, et « acte abusif ».

Ce qui revient à contester, dans l'ordre des généralités, la possibilité pour le concept de la faute d'expliquer tous les cas de responsabilité et de restreindre le champ d'application de l'art. 1382 au profit de la responsabilité spécifique de l'abus, responsabilité pour actes dommageables commis dans les limites d'un droit. Ce sont les idées exprimées par Saleilles (16), et dans la thèse de Porcherot (17). Elles sont employées aussi pour la démonstration contenue dans la note de M. Brèthe, rapportée plus haut.

Une variante de cette opinion est présentée par M. Cam-
pion qui (19) reconnaît l'inapplicabilité de l'art. 1382 tant qu'on lui conserve sa « conception classique » éclairée par

(16) Rapport à la Commission de révision du Code Civil, *Bull. soc. ét. législ.*, 1905, p. 324 et s., 348 (surtout point de vue de la sanction préventive, ce qui aujourd'hui est admis).

(17) *De l'abus de Droit*, thèse, Dijon, 1901, pp. 140 et s., 109 et s., 66, 104 et s.; mais comp. p. 105.

(19) *Théorie de l'abus des droits* (De l'exercice antisocial des droits subjectifs), 1925.

l'adage « *neminem...* » et conclut à l'existence autonome de l'abus (20).

III) A l'encontre de la mise à l'écart de l'art. 1382, il y a des opinions qui considèrent un rajeunissement possible et déjà effectué de cet article et ne voient pas la nécessité d'un texte spécial. En cela, ils acceptent d'une façon complète la jurisprudence de l'abus, au moins de son côté formel. Il reste à justifier cette application nouvelle de l'art. 1382.

Quant à la forme, on trouve justifiée l'application de l'art. 1382, parce que ses termes sont très généraux : « ... tout fait de l'homme... », pour pouvoir embrasser à la fois la responsabilité dans l'exercice de la libre activité — et la responsabilité dans l'exercice des droits définis. De cette façon l'interprétation certainement extensive qu'en a fait la jurisprudence se trouve validée (21).

Quant au fond, certainement on veut justifier plus profondément la jurisprudence dans le plan de la responsabilité. La solution idéale serait d'assimiler l'abus du droit avec la notion de délit et, si c'est possible, de la assimiler encore purement et simplement. C'est ce qu'on a soutenu. La situation paraît nette pour l'abus par intention de nuire, hypothèse de *dol* classique qui a « bousculé » toujours, dans la pratique des choses, les

(20) Comp. M. RIPERT, Abus ou relativité des droits, *Rev. crit.*, 1929, p. 52, note 1. — SALANSON, thèse, Paris 1903, pp. 134-135, déclare que la jurisprudence sur l'abus est équitable, mais arbitraire, et que le problème est de *lege ferenda*.

(21) Ainsi M. CAMPION, *Op. cit.*, n^{os} 431 à 434: l'art. 1382, tel qu'il est rédigé, suffit à justifier, en responsabilité civile, toutes les applications. — R.-L. SULTAN, *Contribution à l'étude de l'abus des droits*, thèse, Alger, 1926, p. 123.

catégories juridiques. La situation est, d'après une partie de ces auteurs, revenue à un équilibre stable : la réparation du dommage causé dans l'exercice des droits rentre discrètement dans le cercle de l'art. 1382. MM. Mazeaud écrivent notamment : « que le dommage soit causé par l'exercice ou en dehors de l'exercice d'un droit, la situation est la même : il y a toujours lieu à rechercher s'il y a faute... » (22). Dans le même sens, M. Ripert déclare : « il nous paraît pourtant évident qu'il est inutile de parler d'abus du droit quand une personne a commis une faute qui peut être atteinte par l'application de l'art. 1382 et s. La jurisprudence a toujours admis que la règle générale de la responsabilité civile s'applique à l'exercice des droits individuels » (23).

Néanmoins on a des doutes sur cette assimilation pure et simple de l'acte abusif avec le délit classique de l'art. 1382. Et on ne donne cette base légale à la théorie qu'en considérant l'acte abusif comme une « variété » d'acte illicite. Réserve qui

(22) H. et L. MAZEAUD, *Traité de resp.*, n^{os} 547, 574, 576, 581. — COLIN-CAPITANT, *Cours élém.*, 7^e éd., t. II, n^o 198. — Comp. PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, *Oblig.*, t. VI, n^o 578; BEUDANT, t. IV, n^{os} 1180-1185; LALOU, *Resp.*, n^{os} 410, 429; BETTREMIEUX, *Essai sur le fondement de la resp. civ.*, thèse, Lille, 1921, p. 137 et s.; MEIGNIÉ, *Resp. et contrat*, thèse, Lille, 1924, p. 158; NAST, note, D. 1928-2-68; HÉMARD, note, S. 1910-2-105; BARTIN, sur Aubry et Rau, *Cours*, 5^e éd., 1920, t. VI, § 444, p. 342, note.

(23) Abus ou relativité des droits, *Rev. crit.*, 1929, n^o 17, note 1, p. 52; *Ibid.*, n^o 16, note 1, sur l'art. 74 du Projet franco-italien du Code des obligations : « d'une part l'abus des droits est rattaché à la faute dans tous les cas (limites fixées par la bonne foi) ; d'autre part, quand il s'agit du but du droit, il est question de l'excès commis et on rentre encore par là dans l'idée de faute ».

convient aux auteurs qui admettent la conception extensive de l'abus, comme M. Josserand qui, tout en posant une responsabilité nouvelle et spécifique, constate que « tous les droits se réalisent socialement, sous le contrôle et dans l'ambiance de l'art. 1382 » (24). M. Demogue constate aussi la nouvelle catégorie d'actes illicites (25). Nombre d'auteurs se rallient à cette intégration de l'abus dans le cadre délictuel (26).

Si l'on considère l'abus comme une nouvelle catégorie d'acte illicite, cela revient à se demander si la théorie de l'abus ne se ramène pas finalement à une extension de la responsabilité aquilienne, dont l'abus ne serait que l'aspect concret, judiciaire. Extension qualitative aussi, ou seulement quantitative ? — c'est-à-dire les cas d'abus sont-ils des hypothèses de responsabilité de la même nature que celles visées par la définition classique de l'art. 1382 et qui viennent seulement élargir son champ matériel d'application — ou bien la réparation des dommages causés dans l'exercice d'un droit implique-t-elle une extension du concept même de la faute pour embrasser des nouvelles hypothèses de responsabilité ?

Les auteurs qui admettent la conception extensive de l'abus, visant à la fois des éléments subjectifs, individuels, et des éléments objectifs sociaux, le pensent. On y voit une interprétation de la faute dans le sens socialisant, une transformation

(24) *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, 1927, p. 306.

(25) *Oblig.*, t. IV, n° 686, p. 373.

(26) Par exemple, CORNIL, *Le Droit privé*, 1924, pp. 111-112; SULTAN, thèse préc., p. 127; SAVATIER, note, D. 1928-1-73; comp. BETTRÉMIEUX, thèse préc., Lille, pp. 145 et 167.

intime de la « faute » classique évoluant vers une notion de « faute sociale » (27).

§ III

Conclusions sur la doctrine qui commente l'application de l'article 1392 aux cas d'abus

Sur les attitudes diverses de la doctrine qui commente les applications de l'art. 1382 aux cas d'abus il est assez difficile de prendre une conclusion générale. En ce qui concerne l'intérêt de notre étude, nous pouvons nous arrêter seulement à la constatation que, — sauf les anciens commentateurs qui n'ont plus dans la question qu'un intérêt documentaire, — les accords qu'on peut constater sont simplement apparents, et qui sacrifient aux exigences impérieuses de la pratique.

I) En parlant d'accords formés, nous pensons à la grosse majorité des auteurs qui acceptent ou recommandent la formule de l'art. 1382. Nous avons tâché de distinguer une nuance entre l'adhésion pure et simple à l'emploi de la notion de délit

(27) MM. DEMOGUE, t. IV, p. 368, n^{os} 679-680; JOSSE-RAND, note, D. P. 1913-11-179; CORNIL, *Le Droit privé*, loc. cit.; comp. GENY, note au P. F. 1896-1-340, col. III; SAVATIER, note sous Req., 23 mars 1927, D. 1928-1-73. — Cf. SULTAN, thèse préc., p. 124; CÉZAR-BRU et MORIN, La faute, le risque et l'abus du droit, *Annales des Fac. d'Aix*, 1906, t. II, p. 100.

Dans un sens particulier, v. CAMPION, *Op. cit.*, n^o 408, p. 306: « la responsabilité, telle que nous la déterminons, revêt un caractère de plus en plus objectif. Elle se base presque uniquement sur l'utilité sociale des intérêts ».

et l'intégration de l'acte abusif dans cette notion avec la réserve de considérer celui-ci comme une « variété ». C'est un accord qui au fond n'en est pas un ; il est formé sous la pression de la pratique judiciaire et pour les besoins de la praticabilité de l'abus ; sous ce signe il a un caractère un peu contingent. Et s'il est vrai que la constance, et de là la puissance, de la pratique juridique arrive à arrondir et à émousser les opinions divergentes, il nous paraît que sur le point qui nous occupe, les divergences de fond ont des raisons assez profondes. Ainsi il nous paraît que la nuance rapportée ci-dessous exprime deux attitudes d'ordre général différentes. Les auteurs qui déclarent assimiler purement et simplement l'acte abusif au délit tâchent de réduire la thèse de l'abus à un simple cas de responsabilité. Certainement il y a des définitions assez souples de la faute qui permettent de faire cela. Mais c'est la tendance qui est intéressante : c'est une inspiration classique que de vouloir rester avec la question de l'abus dans ce domaine en la déclarant, somme toute, une nouvelle acquisition. C'est une façon de nier la théorie de l'abus. De fait on y voit retenir comme expression propre de celui-ci, l'intention de nuire, en dégageant les simples fautes qui rentrent automatiquement dans la vieille catégorie des quasi-délits, — et en refusant pour des très bons motifs l'abus par détournement du but social (28).¹

Tandis que les auteurs qui voient dans l'abus une variété d'acte illicite font une réserve, disions-nous, qui porte ouvertement bien plus loin. Parce que c'est une reconnaissance du

(28) Ainsi M. RIPERT, *Abus ou relativité des droits*, art. préc., n° 17, note 1, p. 52, et n° 15, note 1 : « Il y a erreur de terminologie à notre sens, à appeler illicite l'acte commis dans l'exercice d'un droit qui peut être qualifié faute par l'application de l'art. 1382 et s. » — MM. MAZEAUD, *Op. cit.*, *loc. cit.*; comp. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 96.

caractère nouveau de la responsabilité pour les dommages abusifs et par cela, peut-être, la constatation d'une modification intime de la responsabilité sur ce point. Une « variété d'acte illicite » peut dire que la modification porte sur les modes de la notion de l'illicite même. Et on y trouve des précisions : cette modification, dit-on, tend à une orientation de la responsabilité vers un critère social, à une interprétation sociale de la notion de la faute (29).

II) Mais nous voulons remarquer, en sens inverse, que certains de ces désaccords latents ou déclarés peuvent être réduits au point de vue utile à notre sujet, si on rend compte toujours des raisons générales qui les déterminent. Tout d'abord, les partisans du système autonome de la responsabilité pour abus, — aussi ceux qui partent d'une interprétation littérale de la formule de la faute donné par Planiol, que ceux qui constatent l'insuffisance de l'art. 1382 en partant des conditions traditionnelles de la responsabilité pour faute —, se refusent *ipso facto* de considérer la théorie de l'abus dans le plan classique de la responsabilité. C'est reconnaître que cette théorie se réclame d'idées qui dépassent ce plan. C'est un raccourci que d'établir une responsabilité complémentaire à la responsabilité classique.

L'opinion différente, qui considère la responsabilité des actes abusifs comme s'intégrant dans la responsabilité du droit commun, est à juger suivant qu'elle regarde l'abus comme un délit ordinaire ou comme un délit d'ordre exceptionnel.

Nous rappelons que la première nuance, qui considère l'abus

(29) Voy. les auteurs précités sur ce point: MM. DEMOGUE, t. IV, p. 368, n^{os} 679-680; JOSSERAND, note, D. P. 1913-11-179; CORNIL, *Le Droit privé*, préc., pp. 111-112; comp. GENY, note P. F., préc.; SULTAN, thèse préc., p. 124; SAVATIER, note préc.

comme un délit ordinaire, suivant une inspiration que nous avons cru pouvoir caractériser de classique, accepte les résultats de la théorie sans en accepter les virtualités. Ces résultats sont seulement à classer et à techniciser au possible. Le problème est enfermé dans les limites des questions de responsabilité. Au point de vue des conséquences plus générales, la théorie de l'abus est condamnée.

La seconde nuance qui considère l'abus comme une variété de délit est plus délicate à trancher. En tout cas on y envisage nettement une extension de la responsabilité aquilienne et, par conséquent, comme nous avons noté plus haut, une interprétation de l'art. 1382 dans un sens différent de celui des classiques. Et cette interprétation, on la déclare comme socialisante. La solution doit être pensée, en tant que telle, comme déduite d'une construction supérieure à la responsabilité. Socialisation ou classicisme sont des aspects différents des problèmes généraux du Droit — et la théorie de l'abus peut être regardée comme un précipité de la première tendance dans l'ordre de la responsabilité.

En conclusion sur la doctrine qui étudie l'application de l'art. 1382 aux hypothèses de l'abus, nous pouvons retenir, toujours du point de vue utile à notre sujet, que sous l'accord imposé par les besoins de la pratique, les auteurs restent divergents. Et que ces divergences sont remarquables autant du point de vue de la portée future de la théorie de l'abus, que du point de vue de la construction technique de celui-ci et surtout de sa justification première. Nous nous y sommes attardés pour en tirer la conclusion particulière que les prémisses générales du problème de l'abus apparaissent déjà dans un ordre d'idées extérieur à la responsabilité, — même si on reste très près de son côté pratique.

Section III

DÉPLACEMENT DES CONTROVERSES AUTOUR DE LA NATURE DE L'ACTE ABUSIF

La valeur de ces divergences est démontrée par leur déplacement dans l'ordre d'idées qui commandent la réalisation technique de la responsabilité. C'est un aspect plus général de ces mêmes discussions que la question de savoir si l'usage malicieux des droits, ou simplement fautif, ou manquant d'utilité pour l'agent, ou non conforme au but social de la prérogative, est un « acte abusif » ou un acte « commis sans droit » par le dépassement de ses limites. La nuance nouvelle est que la controverse porte autour de l'idée du licite-illicite, dans le plan général de la responsabilité. C'est ce qu'on a nommé la « question de forme » et qu'on a parfois, à ce titre, négligée. Ainsi M. Campion la considère comme une querelle de mots et comme une distinction purement verbale, mais quand même d'un « intérêt relatif », et il se résume à poursuivre la question de « fond » (30). On y voit la question de forme tranchée par l'admission d'un principe général dont elle ne serait que la conséquence. Ce qui certainement n'est pas contestable; mais nous voyons que dans la pratique des choses le processus est inverse. Et que les questions de forme présentent un intérêt,

(30) L. CAMPION, *La théorie de l'abus des droits*, préc., n° 401-402 et s., pp. 291 et s.

un sens à être discutées en premier lieu; ce qu'elles sont l'expression proprement juridique des « questions de fond » et en tant qu'éléments techniques indispensables sont nécessairement à résoudre (31).

Dans cette controverse, on se demande si la nouvelle responsabilité entre dans les catégories traditionnelles ou bien les modifie. Au fond, c'est rendre compte de l'application de l'article 1382 et aussi de son contenu actuel. C'est ce qui fait l'intérêt du débat. La doctrine est nettement départagée entre ces deux thèses. Aussi essayerons-nous d'insister sur les motifs de cette attitude de part et d'autre.

§ I

La distinction entre l'acte abusif et l'acte illicite

C'est la thèse que M. Josserand, champion de la théorie de l'abus, a soutenue. D'après le savant auteur, il y a entre ces deux actes une distinction de nature, même une opposition tranchée (32).

(31) En ce sens, DABIN, *Belgique judiciaire*, 1924, col. 565, note 57: « Il en est du terme d'abus comme de beaucoup d'autres: il y a la conception technique, conventionnelle, artificielle, et la conception philosophique et large, susceptible d'extensions multiples. Or, sous prétexte de chercher l'idée foncière qui est à la base d'une conception juridique, il arrive qu'on néglige la forme de cette conception, qui en fait justement tout le prix... »

(32) *De l'esprit des droits et leur relativité*, pp. 312 et s., n° 245 et s. — Note sous Trib. Civ. Toulouse, 13 avr. 1905, D. P. 1906-11-105.

L'acte abusif est défini comme un usage blâmable de la prérogative à l'intérieur de ses limites objectives, c'est-à-dire tenant à sa définition formelle et à la nature de son objet. Cet usage blâmable du droit consiste dans un détournement de finalité, soit intentionnel, soit simplement fautif.

Donc on distingue parmi les usages dont un droit, suivant sa définition objective, est susceptible, les bons et les mauvais. Et on arrive à faire un triage des usages repréhensibles suivant certains critères : intention de nuire, défaut d'intérêt, usage imprudent ou négligent, détournement du droit de sa fin. Tous ces critères poseront des conditions à satisfaire dans l'exercice d'un droit, afin d'obtenir l'irresponsabilité pour les dommages qu'on pourrait causer. Donc l'exercice du droit ne peut être que *conditionné*. — Symétriquement, l'acte illicite, ou suivant la nuance de M. Josserand « l'acte illégal », est celui commis en dépassant les limites objectives, « en dehors de la légalité », « transgression du principe certain que tout droit est limité dans son contenu », et qui est constitutif de faute ordinaire. Il serait à distinguer donc entre une illicéité légale et extra-légale.

La réalité de la distinction, M. Josserand la poursuit dans les différences d'ordre technique et pratique, qui constituent autant d'intérêts à la maintenir : l'acte illicite tient à une théorie préconstituée ; donc les limites objectives précisées par le législateur ne peuvent être déplacées également que par une intervention législative. Tandis que l'acte abusif est plutôt un procédé d'adaptation jurisprudentiel du Droit aux besoins sociaux, une « force évolutive » dont l'application arrive à assigner des finalités différentes à telle ou autre institution sans que le législateur intervienne. Au point de vue des conditions de la responsabilité, l'acte illégal est indépendant de l'existence d'un préjudice déterminé, la force publique devant garantir *in abstracto* les limites matérielles des droits. L'acte abusif, au contraire, en

lui-même est légal. Donc il ne suffit pas, à lui seul, à engager la responsabilité et il faut pour que celle-ci soit retenue un préjudice réalisé (33). Des différences sont établies encore quant à la preuve et à la sanction et aux conséquences envers les tiers, tenant toujours à la « légalité intrinsèque » de l'acte abusif.

L'affirmation d'une substance propre de l'acte abusif, par rapport à l'acte illicite traditionnel, a été accueillie par plusieurs auteurs. Les justifications sont ordinairement les mêmes, sauf des nuances qu'il ne s'agit pas ici de mettre en valeur (34).

§ II

L'acte abusif est un acte accompli sans droit

Cette distinction a rencontré une vive résistance. L'attaque a été menée de front par Planiol, qui ne veut voir dans l'acte abusif qu'un cas ordinaire de responsabilité, ressortissant au droit commun. C'est le rejet de la théorie de l'abus mais, comme nous le verrons, sous la réserve d'admission de ses résultats.

(33) *Op. cit.*, pp. 316-317.

(34) MM. MAZEAUD, 2^e éd., t. I, n^{os} 550-551; — BONNECASE, *Suppl. à Baudry-Lacant*, t. III, n^{os} 219 et s.

Cpr. MM. DEMOGUE, t. IV, n^o 678; — RIPERT, *Abus ou relativité des droits*, préc., n^o 18; — SALANSON, thèse, Paris, 1903, pp. 130-131.

Adde: E. PORCHEROT, thèse, Dijon, 1901, pp. 198 et s.; — CAMPION, *Op. cit.*, n^o 376, p. 267 *in fine et passim*; — TISSIER, *Compte rendu de la trad. c. civ. all.*, par Saleilles, p. 512; — LAURENT, *Principes*, t. XX, n^{os} 411 et s.; — BUTTIN, thèse, Grenoble, 1904, pp. 52-53.

L'auteur part de la prémisse que la faute est un acte contraire au droit, ce qui est l'essence même de l'illicite. Il établit que la position antithétique, le licite, est par conséquent, le « droit » à une action ou abstention. La conclusion est que le préjudice causé par une action ou une abstention qui ont formé l'objet d'un droit ne peut pas engager la responsabilité, — et que la catégorie des « actes abusifs » ne trouve pas de place. Celle-ci est inconsistante par rapport aux principes généraux de la responsabilité. Citons: « Cette nouvelle doctrine repose toute entière sur un langage insuffisamment étudié: sa formule, « usage abusif des droits » est une logomachie, car si j'use de mon droit mon acte est licite et quand il est illicite c'est que je dépasse mon droit et que j'agis sans droit, *injuria*, comme disait la loi Aquilia. Nier l'usage abusif des droits ce n'est pas tenter de faire passer pour permis les actes dommageables très variés que la jurisprudence a réprimé, c'est seulement faire cette observation que tout acte abusif, par cela seul qu'il est illicite, n'est pas l'exercice d'un droit, et que l'abus des droits ne constitue pas une catégorie distincte de l'acte illicite. Il ne faut pas être dupe des mots: le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut pas y avoir usage abusif d'un droit quelconque par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit... Il peut donc y avoir des abus dans la conduite des hommes, mais ce n'est pas quand ils exercent leurs droits, c'est quand ils les dépassent... On défend une idée juste avec une formule fausse... (35) ». C'était l'argument invoqué par Esmein, de façon sommaire, en 1898. (36)

(35) *Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, n^os 870 et 871; note au D. 1903-2-329 (à propos des syndicats prof.).

(36) Note sous Req., 29 juin 1897, S. 1898-1-17; n'admet pas que l'exercice d'un droit dans ses limites légales puisse être illicite.

En conséquence, Planiol constate que l'application de l'art. 1382 suffit: la théorie de l'abus des droits est inutile parce qu'elle vise simplement un acte illicite accompli sans droit, donc rentrant dans la responsabilité du droit commun.

Ce point de vue a été adopté par une bonne partie de la doctrine qui s'est occupée de la question (37), au moins avec la réserve d'un acte, accompli sans droit, « de nature spéciale ».

(37) MM. DEMOGUE, *Oblig.*, t. IV, p. 356: « actes illicites se dissimulant sous l'apparence de l'usage d'un droit ». — BAUDRY-LACANT et BARDE, t. IV, n° 2855, 3^e éd., 1905. — DUFFAU-LAGAROSSE, Le louage de services à durée indéterminée, *Rev. crit.*, 1899, p. 478 et s. — E. LÉVY, *La vision socialiste du Droit*, p. 47. — DUGUIT, *Traité constit.*, 2^e éd., t. I., pp. 173 et s.; *Transf. gén. du Droit privé*, pp. 188-189. — SALEILLES, *Oblig.*, 3^e éd., n° 310, pp. 371-372, note 1. et p. 370; comp. *Rev. bourguignonne de l'Ens. supérieur*, 1895, t. V, p. 3. — Concl. proc. gén. RONJAT, sous S. 93-1-41. — PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, *Oblig.*, n° 574. — FERRON, note sous Bordeaux, 14 déc. 1903, S. 1905-2-18, col. 2.

Cpr. MM. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925, n° 91, p. 155. — BARTIN, sur Aubry et Rau, *Op. cit.*, t. VI, § 444, p. 342, note. — SAVATIER, thèse préc., pp. 33 et s., 48 et s.; Règles gén. de la resp., *Rev. crit.* 1934, pp. 414, 415, 416. — PORCHEROT, thèse préc., pp. 187, 188, 209. — SULTAN, thèse préc., pp. 131 et s. — WAHL, note, S. 1903-2-225 (spéc. sur les synd. prof.). — DABIN, *Belgique jud.*, 1921, col. 330 et s., n° 12 et 21. — C. PERREAU, *Rev. crit.*, 1904, p. 129 (synd. prof.).

Adde: IHERING, Restrictions imposées aux propr. fonciers, préc.; LOUBERS, La faute, le risque, l'abus de droit, *Rev. gén.*, 1907, pp. 260-261. — LAURENT, *Principes*, 3^e éd., t. XX, n° 411.

§ III

Valeur comparative des deux systèmes

Nous allons insister sur cette distinction et établir une valeur comparative de ces deux systèmes, qui résument la doctrine entière sur ce point.

1° *Le système de Planiol.*

La réduction de l'acte abusif à la responsabilité du droit commun faite par Planiol se base sur la logique des principes, comme point de départ et comme point d'arrivée. Son objection est une discussion de la logique formelle des idées qui encadrent l'organisation de la responsabilité. Il part de la prémisse que l'acte illicite et le droit sont en rapport d'opposition: tout acte repréhensible ne peut pas être qualifié comme tel que s'il n'est pas l'exercice d'un droit et, inversement, un acte qui rentre parmi les prérogatives contenues dans la définition d'un droit ne saurait être que licite. Dans cette opposition logiquement il n'y a pas de place pour la catégorie intermédiaire de l' « acte abusif »: celui-ci ne peut être qu'un acte illicite. C'est une des conditions traditionnelles de la responsabilité fondée sur faute. Nous considérons cette prémisse comme impeccable.

Aussi juste son point d'arrivée: qu' « un seul et même acte ne peut être à la fois conforme au droit et contraire au droit ». Réellement, une opposition entre le droit subjectif et le droit objectif, la règle de droit générale, ne peut être que fausse.

Il est vrai que M. Josserand qualifie cette objection de sophisme qui jouerait sur les deux sens du mot droit: le premier

est celui de l'ensemble des règles de droit, la « juricité », c'est-à-dire ce qu'on nomme aujourd'hui, au sens civiliste du mot, le droit objectif; le deuxième sens est celui de prérogative déterminée au bénéfice de la personne, ce qu'on nomme le droit subjectif. Et le savant auteur soutient qu'il n'y a nulle contradiction à ce qu'un acte soit conforme à tel droit et contraire au droit tout entier: « *sumum jus summa injuria* » (38).

Nous ne saurions pas accepter cette opposition comme pouvant être une opposition de principe et ne comportant pas une contradiction en soi. Parce que nous voyons ces deux ordres de droits sous un rapport de détermination, les solutions contenues dans les droits particuliers devant être impliquées dans les principes du droit objectif (39). Ce qu'on doit relever, c'est qu'on peut trouver, — contrairement à ce rapport harmonique qui devrait exister dans tous les cas, — des contradictions de fait entre la norme objective et certaines situations subjectives. Les cas d'abus sont justement des exemples. Mais ces contradictions ne doivent et ne peuvent être que provisoires et contingentes, une modification d'un côté ou de l'autre devenant nécessaire à la longue. Elles traduisent une période d'évolution et de crise, à laquelle doit suivre un agencement réciproque. Ce décalage, on doit chercher à le réduire soit par une modification partielle, soit par le perfectionnement technique des règles de droit. Nous

(38) *De l'esprit des droits*, etc., n° 11.

(39) En ce sens: MM. DEMOGUE, *Oblig.*, t. IV, p. 360. — RIPERT, *Abus ou relativité*, etc., préc., n° 18. — J. DABIN, *L'abus du droit et la responsabilité dans l'exercice des droits*, *Belgique judiciaire*, 1921, col. 323, n° 21.

Cpr. Et. LAPARRE, *L'abus du droit et le détournement du pouvoir*, thèse, Paris, 1913, p. 43.

Avis contraire de SULTAN, thèse préc., fondé sur l'idée d'apparence dans un sens trop personnel.

persistons à croire que comme critique formelle, de nécessité logique, la position de Planiol est irréfutable.

Cette critique est dans le sens du veto qu'opposait Esmein, dans sa note précitée, à la théorie de l'abus: dans les limites d'un droit l'exercice fait par un titulaire ne peut être que licite. Mais le refus de Planiol est de beaucoup plus nuancé; il ne se rapporte qu'à la construction de la nouvelle théorie. En même temps il est sensible à la valeur équitable et sociale de ses résultats et tâche de les maintenir, en les réduisant à la responsabilité du droit commun.

Ce que le grand juriste ne peut faire qu'en introduisant dans son raisonnement un élément étranger aux principes de logique formelle qu'il discute: c'est la modification des *limites des droits*. Pour atteindre et caractériser comme illicites les actes visés il est obligé d'admettre des restrictions au contenu matériel, objectif, des droits subjectifs et de les surlimiter encore par des conditions d'exercice; de cette façon, les actes qualifiés comme abusifs se trouveront en dehors de ces limites et pourront être considérés comme simplement illicites, suivant les règles du jeu. En effet, il écrit: « ce qui est vrai, c'est que les droits ne sont presque jamais absolus, la plupart d'eux sont limités dans leur étendue et soumis pour leur exercice à des conditions diverses. Quand on sort de ces limites ou qu'on n'observe pas ces conditions, on agit en réalité sans droit... La seule réalité un peu neuve (et encore l'est-elle réellement) qui ressorte de ces discussions, c'est qu'il se produit des variations considérables et continuelles dans l'idée que les hommes se font de leurs droits. Tel droit qui était jadis considéré comme absolu a cessé de l'être; tel autre qui subissait des restrictions peu nombreuses a vu ces restrictions se multiplier » (40). Et l'auteur considère

(40) *Traité*, t. II, n° 871 et note.

cette évolution des limites des droits, de leur étendue, comme une vérité unanimement et immédiatement admise (41). Voilà les buts visés par la théorie de l'abus trouvant audience, par une large compréhension du fond de ses idées.

Il reste entendu que Planiol, en tant que classique, avait démontré irréfutablement que la construction de la théorie de l'abus est vicieuse par rapport à des principes essentiels. Mais comme progressiste, en tant qu'admettant le besoin de compression des droits subjectifs, il nous paraît qu'il reste bien en dehors de la mêlée.

Le défaut de son objection de fond et de son système de responsabilité ordinaire consiste à avoir omis que la mobilité évolutive des limites et conditions d'exercice des droits vue sous l'angle immédiat de la responsabilité, par le juge, c'était une question nouvelle, qui se posait à peine. Que par rapport à l'état antérieur à lui et contemporain de la mentalité doctrinale et de ses reflets dans la jurisprudence, c'était une acquisition nouvelle. La preuve c'est l'opinion tranchante d'Esmein et des grands commentateurs et auteurs assez modernes; on doit aussi rappeler cette « vérité un peu neuve » que lui même reconnaît. Il avait accepté le fond des propositions du relativisme des droits — mais il n'a pas situé le problème relativement. En effet, la réaction de l'abus se place dans un milieu qu'on a qualifié d'individualiste sous le point de vue de la conception générale, dominante, des droits subjectifs et de leurs rapports avec la règle objective et d'absolutiste par rapport à la conception,

(41) Dans le même sens, par exemple: M. BARTIN, *Sur Aubry et Rau*, préc., § 444, note 2 bis, p. 342, qui considère les postulations de la théorie de l'abus comme un « truisme ».

également dominante, de la portée de ces droits et de leurs conditions d'exercice. Pour le moment, il suffit de rappeler qu'il y avait des définitions « classiques » des droits, qu'on considérait comme certaines, et dégagées par l'interprétation littérale des textes (43). Que les textes ne disaient rien de général sur les modalités de l'exercice des droits, et que, parallèlement, il y avait la condition traditionnelle de la responsabilité: l'acte fautif ne peut pas être celui qui se réclame de l'exercice d'un droit. Voilà pourquoi on serait fondé de soutenir que l'auteur est passé trop rapidement sur le fait que la question ne peut pas rester et trouver solution dans le domaine propre de la responsabilité.

L'exagération consiste à considérer, à ce moment-là, le nouveau mouvement dans la nature des choses, comme une sorte de vérité de La Palice, comme déjà tranchée dans le domaine de la responsabilité. Or, par l'opposition à la mentalité classique, à son esprit de compréhension des textes et de leur valorification dans un système général de Droit, — conception absolutiste et interprétation littérale — (exprimée par exemple chez Demolombe et Esmein), la thèse de l'abus apportait une mentalité nouvelle. Et elle doit comporter dans cette ambiance une justification en dehors du problème de responsabilité et une organisation pratique; la « vérité un peu neuve » de la variabilité évolutive des droits était en état de désorganisation et ne pouvait, par conséquent, que rester reléguée dans le domaine du législateur. De fait, elle ne recevait qu'une application obscure et partielle, dans les cas d'exercice par intention de nuire. Or

(43) Par exemple DEMOLOMBE: l'interprétation littérale de l'art. 544 c.c., et les conséquences en absolu qu'il en tirait: *Cours*, t. 12, *Traité des servitudes*, v. II, 4^e éd., n^{os} 646 et 648; aj. *Servitudes*, v. I, n^o 66 et s.

Planiol suppose le problème résolu et ne donne aucun critère pour dégager et pouvoir organiser dans le plan de la responsabilité et soumettre à l'application de l'article 1382 ces « variations considérables et continuelles dans l'idée que les hommes se font sur l'étendue de leurs droits ». Par conséquence, son adhésion au fond de la question ne tend pas à l'efficacité et reste une affirmation sentimentale. Dans ces conditions, l'application pure et simple de l'article 1382 ne peut être faite que d'une manière empirique.

2° Système de M. Josserand.

Au contraire, M. Josserand s'attache à la réalisation de ces idées par sa théorie de l'acte abusif. Comme travail de pénétration et comme œuvre pratique, son effort a été considérable et fécond.

Le point central de cette construction nous devons le reconnaître, par paradoxe, très classique. En effet, M. Josserand fonde son raisonnement sur l'existence des limites objectives des droits; en dehors de celles-ci les actes blâmables de l'agent offrent prise à la catégorie classique des actes illicites; à l'intérieur il reste à édifier une nouvelle catégorie de responsabilité. Nous reconnaissons là le sentiment très classique de l'incompressibilité des droits individuels (44) : on n'envisage pas la possi-

(44) Comp. SALEILLES. *Oblig.*, 3^e éd., n° 310, note 1, p. 372. — DUGUIT, *Les transf. dr. privé*, préc., appendice IV, p. 198. — RIPERT, *La règle morale*, etc., préc., n° 90, p. 156: « la restriction est conçue dans le plan classique de la liberté et de la responsabilité », et *Rev. crit.*, 1929, préc., n° 19, p. 55. — G. MORIN, *L'abus du droit et les relations du réel et des concepts dans le domaine juridique* (*Rev. de Métaph. et de Morale*, 1929, pp. 276-277): « On coule des solutions solidaristes dans le moule individualiste de la responsabilité ».

bilité de leur imposer, dans leur définition même, des limites d'une autre nature que celles tenant à cette définition formelle (45), et non plus la possibilité de modifier ces limites matérielles. De même, implicitement, sont respectées les conditions traditionnelles de la faute: l'acte fautif dans l'intérieur des limites objectives du droit, est exceptionnel, exorbitant du droit commun. De là la nécessité de créer une responsabilité spécifique pour la réparation des dommages causés par l'exercice des droits, qui puisse opérer dans les limites dégagées des textes par l'interprétation classique, parallèlement à la responsabilité traditionnelle. En conséquence, par le système de l'acte abusif, on arrive à ces résultats.

1° On ne modifie en rien la définition des droits subjectifs: on ne discute pas la modification de leur contenu objectif et on n'envisage pas la possibilité de leur imposer, dans leur nature même, des limites d'un autre ordre.

2° Les conditions classiques de la responsabilité sont respectées, en les détournant: pas d' « acte illicite » qui soit commis en se réclamant de l'exercice d'un droit, mais un acte abusif.

3° On s'attaque seulement aux effets des droits subjectifs, on conditionne exclusivement leur exercice. On discute leur nature et on la pose comme essentiellement sociale, mais pour leur imposer de l'extérieur, dans leur conditionnement pratique, une fin sociale, qui peut se nuancer, dans ses applications, depuis

(45) Voy. M. RIPERT, *Abus ou relativité*, etc., préc., n° 12, où on oppose la classification des droits d'après leur but — et la classification classique et du Code d'après l'objet, pour la conclusion de l'égalité des droits par leur absolutisme.

la répression de l'intention de nuire jusqu'à la répression du détournement de cette fin.

La transaction qui caractérise le système de M. Josserand était presque obligée dans l'ambiance classique que nous avons notée ci-dessus d'une manière fugitive. La thèse de l'abus était une réaction contre une certaine amoralité et contre certains résultats antisociaux qui découlaient de la doctrine classique de l'absolutisme des droits. C'était une réaction contre la délimitation de la responsabilité aquilienne, par son champ d'application et ses conditions, à la répression seulement des dommages causés par la libre activité ou par le dépassement des limites assignées aux prérogatives déterminées.

Il s'agissait de faire œuvre pratique dans ce milieu d'idées. M. Josserand, à cette fin, a tenu compte de tous ces éléments, en ne les attaquant pas de front, mais en les détournant. La réaction était facilitée et offrait de cette manière une moindre prise aux arguments contraires.

Il n'en reste pas moins que le système de l'acte abusif est incompatible avec la logique de la responsabilité fondée sur la faute. Comme nous l'avons noté, on est forcé de reconnaître son inconsistance au point de vue des catégories nécessaires de cette responsabilité : un acte commis dans l'exercice de la liberté ou dans l'exercice des droits définis ne peut être reprehensible qu'en tant qu'il est illicite, — et l'effort doit être fait afin qu'il soit nettement caractérisé comme tel ; c'est-à-dire qu'il s'agit, dans l'hypothèse de l'acte abusif, de trouver le moyen de le faire sortir de la définition même du droit. Il s'agit de refondre les catégories du licite et de l'illicite et non d'établir un fractionnement qui est incompatible avec eux. Nous concluons à son rejet du point de vue *théorique*.

*
**

En finissant ce paragraphe, nous remarquons de façon générale que ces controverses n'arrivent pas à des résultats théoriques satisfaisants :

D'un côté, et nous visons le système exprimé par les vues de Planiol, on repousse à juste titre la théorie de l'abus au nom des principes de la responsabilité et on postule le droit commun. Mais sans donner les modalités de la nouvelle application de l'article 1382 à l'exercice reprehensible des droits, pour la réparation des dommages causés abusivement par l'exercice d'une prérogative comprise dans leurs définitions formelles; or cette application est, justement, contraire à l'interprétation classique de ces mêmes principes, qui ne voulait accepter la responsabilité que dans le cas de dépassement des limites formelles, matérielles, d'un droit, ou encore pour l'exercice dommageable de la simple liberté.

De l'autre côté, et c'est le système de M. Josserand, on pose des critères qui peuvent diriger cette application. Mais on organise une responsabilité spéciale, fondée sur la nature particulière de l'acte abusif, qu'on ne justifie pas par rapport à la logique nécessaire de la responsabilité.

Section IV

CONCLUSIONS

Arrivés ici, faisons le point sur les résultats obtenus à la suite de cette exposition hâtive des applications de la thèse de l'abus et de la confrontation des opinions qui les discutent dans le plan de la responsabilité.

*
**

I

a) L'application jurisprudentielle de l'article 1382 à l'occasion d'un droit défini ne rend pas compte de ses raisons, théoriquement. On peut seulement constater en thèse générale que les tribunaux font abstraction de la doctrine traditionnelle sur la faute, qui réclamait l'absence de droit chez l'agent.

b) L'accord des auteurs sur l'application de l'article 1382 aux hypothèses de l'abus est apparent, et on peut retenir des attitudes et, inspirations diverses des auteurs (sauf en ce qui concerne la réduction pure et simple de l'article 1382 qui tranche pratiquement) que le sens de l'abus doit être rattaché à des idées extérieures au système de responsabilité traditionnel: le système autonome pose une nouvelle responsabilité à côté de la doctrine classique et la considération de l'abus comme un délit exceptionnel conduit à une interprétation socialisante de la faute.

c) Des controverses autour de la nature de l'acte abusif nous retenons que les résultats théoriques ne sont pas satisfaisants. On y trouve des justes critiques adressées à la notion de l'abus au point de vue formel, de la logique nécessaire de la responsabilité fondée sur faute, qui veulent retenir les résultats de la nouvelle théorie — mais sans en donner les modalités de réalisation par rapport aux idées classiques.

Ou bien le système de l'acte abusif de nature particulière, distinct de l'acte illicite traditionnel, qui se met en contradiction avec le système logique des principes de la matière en établissant une responsabilité nouvelle qui ne peut pas entrer

dans leurs catégories, — prêtant ainsi complètement le flanc, comme construction théorique, à la critique de Planiol: « le droit cesse où l'abus commence » et à la maxime « *neminem...* »

*
**

II

a) La doctrine classique est justifiée de trancher, en responsabilité, par l'application du principe « *neminem...* »: celui-ci est le principe nécessaire du système de la responsabilité fondée sur faute: dans leurs rapports logiques « droit » et « responsabilité » sont des notions contraires, exclusives.

b) La catégorie intermédiaire des « actes abusifs » est, par rapport à ces principes, empirique. Au fond, c'est une modification oblique du contenu attribué par la doctrine classique aux droits subjectifs, en s'attaquant, d'une manière extérieure, à leurs effets. C'est un système de transition, exprimant une période de renouvellement de la matière de la responsabilité.

*
**

III

a) Nous ne discutons pas ici la valeur pratique de la théorie de l'abus et du système de l'acte abusif qui, en fait, a facilité tant de solutions heureuses qu'on voudrait justement les retenir dans un cadre plus général. Nous voyons seulement un résultat d'ordre théorique.

b) Celui-ci est, pour le moment, de mettre en valeur, dans

l'intérêt de notre sujet, de marquer le défaut d'une solution du problème de l'abus qui soit en accord avec les principes essentiels de la responsabilité. Il s'agit de trouver le trait d'union entre ces deux idées: la première est l'idée logique, formelle, que l'acte illicite, fautif, la responsabilité est incompatible avec l'exercice d'un droit subjectif tel qu'il est traditionnellement défini, c'est-à-dire objectivement. Cette idée a une valeur normative indiscutable. La deuxième idée, c'est que l'exercice blâmable des droits, pour un motif ou autre, doit être reprehensible et engager la responsabilité.

Or, théoriquement, il ne peut s'agir que d'une nouvelle définition de la matière qui forme le contenu du concept du licite, autre que celle traditionnellement transmise. Cette possibilité ressort par une vue analytique du rôle fonctionnel du principe « *neminem...* »: celui-ci est un principe formel de responsabilité et sa solution du problème de la responsabilité sur le point spécial de l'usage des droits définis est formelle: il pose une catégorie abstraite d'irresponsabilité. Il est l'expression technique, dans le domaine de la responsabilité civile, du donné de la nécessité de certaines activités individuelles libres et garanties dans leurs effets: en ce sens il exprime la figure spéciale des droits subjectifs individuels dans le plan de la responsabilité: ceux-ci en constituent, disions-nous, la catégorie abstraite « irresponsabilité ». Et ses applications seront en fonction des limites concrètes données à ces droits, en législation et en jurisprudence (donc variables avec les conceptions régnautes sur la notion du Droit, spécialement sur la nature des droits subjectifs et sur la mission du juge). *Ce sont les variations des applications du principe « neminem » qui déterminent la faute et non inversement.* (On doit distinguer son sens pratique, qui n'est que la conséquence de ce qu'on a avancé plus haut: son invocation devant le juge suppose le problème de l'abus comme n'étant

pas posé, non ouvert, ou bien tranché déjà; dans ces conditions, il se rapporte à des solutions déjà arrêtées et fait corps avec. De ce point de vue on peut soutenir que l'opposition qu'on a faite aux applications de l'abus en son nom, après l'ouverture du procès dans la jurisprudence et dans la doctrine, doit être regardée comme une pétition de principe.)

c) Ces limites des droits subjectifs sont en fonction de l'interprétation des textes légaux, — sauf en ce qui concerne les dispositions concrètes du législateur, — par la doctrine et la jurisprudence, sous l'inspiration des besoins sociaux et par la pression de l'opinion publique.

*
**

En résumant encore ces développements un peu traînants, on peut finir par la constatation que le problème de responsabilité de l'abus a masqué sa véritable nature: celui-ci exprime le besoin de retoucher les contenus des droits subjectifs pour en tirer des nouvelles limites à leur étendue. Et cette correction se ramène à un problème d'interprétation. L'utilité immédiatement pratique de cette constatation, qu'on peut déjà trouver dans la doctrine actuelle, ne se déclare pas ouvertement. Ce qu'on peut espérer pour le moment c'est de pouvoir ne plus considérer l'abus — imposé par une pratique constante — comme l'enfant terrible de la responsabilité.

CHAPITRE SECOND

LE PROBLEME DE L'ABUS DANS LE CADRE DE LA NOTION DE DROIT SUBJECTIF

La conclusion à laquelle nous sommes arrivés à la suite des développements antérieurs a été que la question de l'abus des droits ne trouve pas de solution théoriquement satisfaisante dans le plan d'idées propre à la responsabilité. Parce que la question de l'abus s'adresse principalement au problème du contenu des droits subjectifs, supérieur au système de la responsabilité et commandant ses solutions. Nous avons, dès le commencement de notre travail, signalé ces diverses incidences des idées apportées par la thèse moderne de l'abus des droits; par là elle revêt une signification générale dont l'importance a été dénoncée par de nombreux et importants auteurs. Il s'agirait, au fin fond de la question, d'une modification de la mentalité générale sur la nature et le contenu de la notion de Droit, dont les résultats se manifestent spécialement sur le contenu et la portée des droits subjectifs. Le problème de responsabilité qui suit n'en serait qu'un précipité. L'idée de l'abus des droits aurait donc une allure quasi-révolutionnaire: elle a commencé par poser un problème de responsabilité insoluble théoriquement dans le cadre traditionnel de la responsabilité fondée sur faute. Et la respon-

sabilité très largement appliquée des actes abusifs, réclamée par la sensibilité morale de l'époque et par les besoins de l'ordre social actuellement découverts, une fois entrée dans les vues des prétoires, — qui n'entendent en recueillir que les résultats pratiques —, reste, par ses virtualités de réforme, une cause de controverses et de faux problèmes dans l'ambiance classique des principes théoriques et des sentiments qui animent une bonne partie des juristes contemporains.

Cette pénétration insidieuse d'une idée nouvelle, on dirait qu'elle est presque de la nature du Droit, particulièrement du droit positif, dépositaire de la structure morale et matérielle d'une société donnée, facteur de stabilité et de continuité. Il répugne et se refuse aux révolutions générales et systématiques qui s'adresseraient directement à sa substance (49) ; en cela, peut-être, est-il fidèle à la réalité des choses et aux lentes modifications des idées essentielles sur le monde social. Un exemple a été puisé dans la matière même : sous caractérisation d'équité s'opposant au droit strict, M. Appleton considère qu'une grande partie de l'évolution du droit romain a été réalisée par l'idée de l'abus (50). On tâche de lui assigner actuellement, de nouveau, cette importance (51).

En tout cas il nous paraît que du problème de responsabilité

(49) G. MORIN, *L'abus du droit et les relations du réel et des concepts dans le domaine juridique*, etc., préc. : « la plupart des progrès juridiques se sont réalisés de la sorte par des « simulations » — pour des raisons de politique et d'action : satisfaction des besoins psychologiques de la sécurité, stabilité », « le chemin de velours de la casuistique ».

(50) Les exercices pratiques dans l'enseignement du Droit romain et plan d'un cours sur l'abus des droits, *Rev. Internat. de l'Ens.*, 1924, p. 151 et s.

(51) Voy. DESSENS, *Essai sur la notion d'équité*, thèse, Toulouse, 1934, pp. 229 et s.

suscité par la théorie de l'abus du droit ressort nettement que le vrai visage de la question de l'abus est la question des limites des droits subjectifs. Ce sentiment, nous l'avons trouvé chez d'importants auteurs. Il s'agirait donc de définitions et délimitations de ces droits faites principalement par la jurisprudence (les interventions législatives qui consacrent la thèse n'étant que rares et disparates en droit français). Définitions et limitations qui prétendent ne pas heurter les textes qui s'y rapportent particulièrement. Dans l'état de notre travail il suffit de rappeler qu'on a jugé que l'usage d'une prérogative conférée par l'existence d'un droit donne lieu à réparation ou même est condamné s'il a été déterminé par une intention malicieuse, ou manque d'utilité, ou a été accompagné de négligences ou imprudences dommageables, ou bien quand cet usage contrarie son but social, soit déclaré par le législateur, soit dégagé par le juge.

Ce point de droit des limites des droits subjectifs se rapproche de ce qui peut caractériser une époque comme considérations politiques, état économique et idées morales. Les difficultés d'une si vaste vue générale sont évidentes. Et encore les conclusions qui en sont inférées s'inscrivent toujours sous le signe de telle ou telle philosophie sociale. De cette complexité en témoignent les grandes controverses doctrinales autour de la notion du droit subjectif et de la diversité des idées générales qui y ont été mises en jeu depuis le commencement du siècle. Notre époque, par ses besoins de renouvellement et par son criticisme aigu se montre particulièrement apte à fonder des philosophies sociales assez opposées, au moins comme point de départ. Des conflits de tendances surajoutent à la difficulté naturelle du juriste de voir loin dans les choses sociales.

Mais à la suite des nombreuses études sur l'abus des droits on peut distribuer dans deux camps opposés ces différentes ten-

dances et établir une double échelle de ces conflits suivant qu'on se situe au point de vue de la *portée des droits subjectifs* ou de celui de leur *nature*. Le premier clivage nous pose devant le conflit entre la conception relativiste des droits et la conception absolutiste (52), le deuxième devant la conception individualiste ou la conception socialiste de la société et du Droit. Ce deuxième ordre d'idées détermine en bonne théorie le premier, la portée qu'on veut reconnaître aux droits subjectifs est fonction de la nature qu'on leur prête. La matière est par trop vaste et difficile pour entrer dans le cadre de notre travail, même dans une exposition dépourvue de toute ambition. Ainsi que nous ferons seulement un choix parmi quelques questions pour en justifier des conclusions particulières qui puissent servir notre sujet.

Section I

LE PROBLÈME DE L'ABUS DES DROITS

DU POINT DE VUE DE LA PORTÉE DES DROITS SUBJECTIFS

Le problème de responsabilité pour les dommages causés abusivement a laissé place immédiatement à des déclarations de principe sur la portée et la nature des droits individuels. La controverse s'est engagée obliquement et a opposé, d'une façon

(52) Même MM. MAZEAUD, qui ne veulent pas « trop élever le débat », se posent de ce point de vue: 2^e éd., t. I, n^o 549, p. 522.

implicite d'abord, les conceptions générales des juristes qui ont pris part au débat. La question de l'absolutisme ou du relativisme des droits est une de ces questions qui sont, elles-mêmes les résultats d'une conception superposée (53).

§ I

L'ABSOLUTISME

I) La doctrine de l'absolutisme des droits, telle qu'elle s'est opposée à la tendance naissante de l'idée moderne de l'abus, part de la considération des définitions objectives des droits posées par le Code civil. Les limites tracées aux droits y sont ordinairement déterminées par l'analyse de l'objet sur lequel ils portent (54), l'étendue de chaque droit n'étant susceptible de variations, en thèse générale, que suivant les circonstances où il peut être exercé et les personnes auxquelles il est opposable (55). C'est une question qui ne vaudrait pas la peine d'être relevée étant un procédé technique indispensable pour l'établissement d'un droit. Ce qui est à remarquer, c'est que l'absolutisme établit comme principe essentiel que les seules limites qu'on peut imposer aux droits individuels sont celles qui

(53) Pour le sens traditionnel des termes de l'opposition: droit absolu — droit relatif, qui désigne le degré d'opposabilité, universelle ou particulière, d'un droit déterminé. Voy. M. R. DEMOGUE, *Notions fondamentales du Droit privé*, pp. 405 et s.

(54) Sur le système de classification objective des droits dans le Code Civil, voy. M. G. RIPERT, *Abus ou relativité des droits*, préc., n° 12.

(55) Voy. sur la question des limites objectives des droits, en dehors de la matière de ce paragraphe, M. R. DEMOGUE, *Oblig.*, t. III, n° 226, pp. 368 à 370.

ont été préfixées par ces définitions formelles (56). Et les conséquences qu'on tire immédiatement de ce principe d'exclusivité sont les suivantes : la plus importante, au fond la seule, est que le titulaire d'un droit n'est sujet à aucune critique sur l'emploi de son droit, qui ne se réclamerait de la considération des limites matérielles de ses prérogatives. Il a une possibilité de détermination universelle à l'intérieur de celles-ci. Réellement, si son droit tient à la nature, et seulement à la nature, de son objet, quel fondement pourrait-on assigner à un contrôle qui voudrait lui imposer un autre point de vue ?

Le titulaire peut imprimer arbitrairement, souverainement, à son droit tout sens, toute fin strictement individuelle — et cet exercice discrétionnaire ne peut pas laisser place à une recherche des mobiles de son action. Le bien-fondé d'un droit, dans ces conditions, ne peut être qu'intrinsèque.

La deuxième conséquence, qui en est seulement une suite, est que la doctrine absolutiste érige en principe la possibilité du titulaire du droit d'épuiser, en toute occurrence, toutes les prérogatives qui ont été ou peuvent être attachées à la nature spécifique de l'objet du droit exercé, soit par la loi même dans ses définitions analytiques, soit par la jurisprudence, avec le concours des autorités doctrinales, dans les cas de définitions légales énonciatives, abstraites (par exemple : la définition du droit de propriété de l'art. 544 du C. c.).

La possibilité de détermination universelle, souveraine, du titulaire du droit conduit donc à considérer l'étendue matérielle,

(56) Sur cette conception formelle du Droit, limitation juridique des libertés, voy. E. GOUNOT, *Aut. de la volonté*, thèse, Dijon, 1912, pp. 75-76.

objective de ce droit comme préfixée et s'imposant *erga omnes*.

L'intérêt de cette constatation est à transporter, pour le moment, dans le domaine de la responsabilité : cette étendue préfixée et constante des droits individuels s'impose aux tiers comme au juge. La question peut être subvisée en se demandant si elle s'impose aussi au législateur, et pour quel motif, par quel moyen d'appréciation ; on y fera allusion à la section suivante. Nous disions que le juge n'a pas le droit de regard, en principe, à l'intérieur de l'étendue objective du droit : son intervention ne peut être requise que dans le cas d'un dommage causé par le dépassement de ces limites matérielles du droit — et encore il n'aura de prise que pour le dommage fautif. Donc on postule une *irresponsabilité* entière pour les dommages causés dans l'exercice d'une faculté comprise objectivement dans la définition du droit.

Ces considérations sur l'absolutisme sont, dans leur abstraction, un peu trop « absolues ». Les attitudes des doctrinaires qui les défendent et des praticiens qui l'ont invoqué sont moins intransigeantes. Force a été de faire des concessions de nuance qui néanmoins n'empêchent pas de tracer la vue systématique notée plus haut.

II) Dans la défense de l'absolutisme et de l'irresponsabilité dans l'exercice des droits on peut distinguer l'ancienne doctrine classique et la doctrine contemporaine qui s'y rattache.

Parmi les doctrinaires de l'ancienne doctrine classique, on peut trouver des défenseurs intransigeants de cette position (57).

(57) La doctrine typique a été exposée au sujet du droit de propriété ; nous choisissons deux citations parmi les plus caractéristiques : DEMOLOMBE, *Cours*, t. XII, 1868, n° 648 : le droit de propriété est absolu,

Les droits doivent conférer l'impunité : l'argumentation centrale part d'une distinction de principe : c'est la distinction de la Morale et du Droit. Celle-ci est renforcée par un argument d'opportunité qui mise sur le besoin de sécurité de ceux qui agissent et qui conduit à rejeter la doctrine de l'abus comme donnant occasion à l'arbitraire du juge dans l'appréciation de la situation des parties et de la réparation.

L'abus par intention de nuire, tout en rentrant dans une vénérable tradition, a offert une prise facile à l'argumentation classique. L'invocation de la distinction entre la Morale et le Droit a été une attaque sur le fond des idées apportées par la thèse de l'abus. On a reproché à la nouvelle tendance de méconnaître cette dissociation qui est foncière et qui doit sainement circonscrire le domaine du Droit. Le juge ne peut se référer qu'à la Justice et non à l'Équité ou à la Charité ; il y aurait une différence de nature tranchée entre ces deux ordres de sentiments sociaux et la mission du juge doit se confiner à l'appréciation et à la sanction des premiers ordres de devoirs, qui bornent les aspirations légitimes du Droit (58). Or, infirmer les avan-

le texte de 544 étant formel : « En droit, on ne peut donc lui demander aucun compte de ses motifs ; il y a là une fin de non-recevoir insurmontable, qui ne permet pas d'alléguer contre lui qu'il n'agit que par pure malice » ; cpr. t. XI, *Servitudes*, v. I, 4^e éd., 1867, n^o 66. — BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, 10^e éd., 1908, t. I, n^o 1296, p. 726 : « le droit de propriété est absolu ; le propriétaire peut légitimement faire sur sa chose des actes, même quand il n'a aucun motif avouable à les faire » ; — 11^e éd., 1912, avec la coll. de CHENEAUX, n^o 1296, p. 738 : « le propriétaire jouit de sa chose comme il veut, même, si cela lui plaît, d'une manière abusive ». (Mais cpr. BAUDRY-LAC et BARDE, édition plus récente, *Oblig.*, t. IV, n^o 2855, p. 342.)

(58) Voy. GOUNOT, *Autonomie de la volonté*, thèse préc., p. 76 et note 1 pour la source de cet amoralisme, séparation du droit et de la morale, depuis Calvin et l'individualisme protestant jusqu'à Thomasius et Kant — érigée en principe absolu par Fichte et ses disciples.

tages que confère une prérogative individuelle pour la raison qu'elle a été exercée dans un but de nuire, par exemple, c'est réprimer là une faute morale dont la dénonciation sort des attributions du juge qui ne doit pas être un censeur : c'est la substitution de la faute morale à la faute juridique. La faute juridique seule, transgression des limites objectives du droit, peut justifier l'intervention du prétoire, à l'occasion d'un droit accordé par la loi et permettre l'application de l'art. 1382.

Ainsi Dentiolombe, qui a épuisé tous les reproches qu'on devait opposer à sa suite à la thèse de l'abus, constate l'absence d'une disposition légale qui vise formellement l'intention de nuire et conclut, dans le style de l'époque, que par la règle « *malitiis non est indulgendum* » on sera amené à sanctionner des règles d'équité : « Oh ! sans doute, ce sont là d'excellents et divins préceptes. Mais c'est la religion et la morale qui tiennent aux hommes ce langage. — Ce n'est point la loi civile, c'est-à-dire la règle sanctionnée par la puissance publique, la règle civilement et juridiquement obligatoire ! et l'on voit que nous avons raison de nous prémunir dès le début, contre cette confusion des règles de la morale et des dispositions de la loi » (60). Cet amoralisme est une conséquence obligée de la conception du Droit qui caractérise l'Ecole de l'exégèse et de la méthode d'interprétation qui s'en suit (61). Mais encore la distinction se retrouve chez des auteurs plus récents : Esmein dénonce la confusion entre la faute juridique et la faute

(60) *Cours*, t. XII; *Traité des servitudes*, v. II, 4^e éd., 1866, n^o 650.

(61) *Comp. HUC*, t. VIII, p. 535. — MUTEAU, *Resp. civ.*, p. 14 et s.

morale (62), de même Baudry Lac et Barde (63), M. Martin, sur Aubry et Rau (64), et Planiol (65).

Cet argument de principe se ramène et est provoqué par les appréhensions de l'Ecole classique envers les pouvoirs du juge; le dogme de sa neutralité passive, on veut le sauver de toute atteinte. Les intérêts de la question sont mis en valeur immédiatement : il s'y agit de la sécurité nécessaire du commerce juridique. Or celle-ci ne peut s'accommoder de l'appréciation du juge sur les situations morales envisagées par la théorie de l'abus des droits, parce que cette appréciation sera nécessairement subjective et partant arbitraire. C'est un argument d'opportunité dont la valeur est très importante ; aussi on le retrouve chez tous les adversaires de l'idée de l'abus, et notamment chez les auteurs précités (66).

*
**

Dans la doctrine contemporaine, l'absolutisme a un caractère moins dialectique que chez les auteurs classiques. Il ne se

(62) Note sous Req., 29 juin 1897, préc.: nie la portée générale de la règle « malitiis... », pour lui reconnaître une application spéciale dans les cas où le législateur spécifie; ex. art. 1153 c. c., art. 1780 c. c.

(63) *Traité thé. et pratique, Oblig.*, t. IV, 3^e éd., n^{os} 2854-2855.

(64) *Cours*, 5^e éd., 1920, t. VI, § 444, p. 341, note (citant Esmein).

(65) *Traité*, II, n^o 871. — *Rev. crit.*, 1905, pp. 289 et s.; — *Ibid.*, 1906, p. 80.

(66) DEMOLOMBE, *Op. cit.*, n^o 648; ESMEIN, note cit.; BAUDRY-LAC. et BARDE, *Op. cit.*, loc. cit., p. 539 et s.; — BARTIN, *Op. cit.*, dénonce le caractère arbitraire de la preuve applicable à ces recherches psychologiques de mobile et d'intention. — Cpr. IHERING, *Etudes compl. de l'esprit du Droit romain*, p. 368, et *La lutte pour le Droit*, pp. 58, 67 et s.

réclame plus de la distinction tellement tranchante entre le droit et la morale, il fait moins appel aux « principes » qu'aux faiblesses de la théorie de l'abus, — enracinée dans la pratique judiciaire et s'imposant au législateur, — et surtout entend poser la discussion dans sa cause première, la nature des droits subjectifs, pour avoir la réponse sur la question de la portée de ces droits. C'est tout un changement d'atmosphère ; la question de la responsabilité s'avère cette fois comme un résultat qui dépend d'une question préjudicielle. Mais elle participera quand même au débat, par les arguments tirée du rôle du juge et de ses possibilités dans le procès en responsabilité ; la question de la sécurité reste un argument valable à exploiter.

Tout d'abord on doit relever son attitude plus transactionnelle ; c'est un absolutisme tempéré, critique, sensible aux sollicitations d'ordre moral et social du camp adverse. Ses hésitations ont trait à la fois très haut, à la question du fondement des droits individuels, et aussi aux exigences de la pratique. Entre ces deux limites de discussion il y a place pour des concessions partielles, parfois très importantes. Le parti est très souple, très argumenté et servi par des auteurs puissants.

Ainsi, on commence dès le début, à admettre la théorie de l'abus des droits d'une façon conditionnée. C'est en distinguant une théorie « classique » de l'abus d'une autre qu'on considère comme extensive. L'application admise c'est l'hypothèse de l'exercice d'un droit par intention de nuire, malicieusement. On considère que si l'on peut parler d'un abus du droit, la seule physionomie propre de celui-ci ne peut être que psychologique : un acte valable objectivement, dans son apparence normale, mais qui emprunte à l'intention qui l'anime une illicéité contingente. Et cette recherche de psychologie doit être limitée à l'intention de

nuire, à l'exclusion d'autres mobiles qu'on pourrait aussi, peut-être, qualifier comme antisociaux. C'est à l'heure actuelle, principalement, l'opinion de M.G. Ripert (67). L'abus est donc admis restrictivement, dans sa conception purement subjective. (Les autres cas que jurisprudence ou auteurs ont qualifié comme abusifs sont considérés ou simples fautes, ou refusés). Et cet abus doit être considéré comme une responsabilité d'exception et comme une théorie autonome, cette fois-ci : « Il y a bien à la fois l'exercice d'un droit si l'on considère l'action, abus si on considère l'intention » (68).

La conception subjective est admise par M. Ripert en tant que conséquence d'un principe de portée tout à fait générale qui domine de loin le législateur et la législation positive et s'impose à tout titulaire d'une prérogative légale ou contractuelle. C'est un « principe général du droit », « une question générale de moralité dans l'exercice des droits ». Il y a à ce propos une belle page que nous nous devons de citer : « Il reste enfin des hypothèses où le titulaire du droit, sachant exactement ce qu'il lui est permis de faire sans sortir de son droit, voile de l'application correcte de la règle juridique la violation de son devoir moral. Irréprochable en apparence, son acte est inspiré uniquement par la pensée de nuire à autrui ; voilà l'acte qu'il faut prévenir ou réprimer... On voit ainsi la satisfaction du devoir moral dominer l'exercice des droits... on dit que cet acte est antisocial et je n'en disconviens pas ; mais il n'est anti-

(67) *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 93, pp. 158 et s. ; comp. *Abus ou relativité*, art. préc., n°s 7 et 8.

PLANIOU-RIPERT-ESMEIN, *Traité*, préc., t. VI, n° 576 ; — comp. J. DABIN, *Belgique judiciaire*, 1924, col. 565 (une conception un peu plus large) ; — BONNECASE, *Suppl. à Baurry-Lac.*, t. III.

(68) M. G. RIPERT, *Rev. crit.*, préc., n° 18, p. 53.

social que dans une société dominée par une morale où le devoir de ne pas nuire volontairement au prochain est inscrit au catalogue. Car en apparence l'acte est parfaitement social, étant accompli dans le cercle affecté à l'activité de chacun de nous. C'est l'intention qui le rend coupable et c'est parce qu'il y a infraction au devoir moral qu'il est déclaré contraire au droit. Voilà pourquoi cette théorie de l'abus du droit posée dans son sens précis est relativement moderne. Dans une société attachée à la forme des actes, la légalité objective suffit et celui qui use de son droit ne commet pas de dol. L'ancienne maxime était vraie. Nous disons aujourd'hui : celui qui commet un dol n'use pas de son droit, car il n'y a pas de droit contre la morale, et la morale à laquelle nous croyons défend de nuire intentionnellement à autrui » (69).

Ce triage parmi les cas de responsabilité couramment tranchés en doctrine et jurisprudence, implicitement ou explicitement, sous le signe de la théorie de l'abus conduit à envisager une distinction très significative entre deux questions qu'on présentait ordinairement soudées : entre la doctrine du relativisme des droits et la question de la limitation des droits (70).

Nous nous bornerons à indiquer ici cette différenciation, sous la réserve d'y revenir plus amplement dans la section suivante. La distinction est possible par un sens presque spécial donné à la notion de la relativité des droits : par celle-ci on doit entendre le contrôle de l'usage des droits en contemplation de leur fin sociale, déclarée ou non par le législateur ; pour des

(69) *La règle morale*, etc., n° 102, pp. 171-172, et n° 74, pp. 124-125. — Voir aussi l'art. préc., *Rev. crit.*, 1929, n° 24.

(70) M. RIPERT, *Rev. crit.*, n° 16-17.

motifs qu'on envisagera tout de suite, cette conception est rejetée. On admet, en revanche, la légitimité du desideratum de la limitation des droits, que M. Ripert considère comme une idée banale qui n'a pas besoin d'être présentée sous le couvert de la théorie de l'abus tant que « la règle de l'art. 1382 domine toutes les activités humaines » (71).

Les conséquences de ce point de vue sont d'accepter la théorie de l'abus dans son contenu historique, cotoyant le dol et la fraude, la vieille doctrine de l'*aemulatio*, — et pour les autres de ses revendications la ramener simplement dans le plan de la responsabilité. Ce qu'on doit remarquer, c'est que les desiderata essentiels exprimés sous l'étiquette de l'abus restent toujours à l'état latent sous cette dénomination générique de « limites d'exercice des droits ».

Cette distinction entre le contrôle judiciaire de l'intention et le même contrôle sur les autres fins illégitimes suivis dans l'exercice des droits est étayée sur des considérations d'ordre technique et d'opportunité. C'est la reprise des arguments réellement inquiétants, qui se réfèrent à la sécurité de l'action.

La définition et l'appréciation des « mobiles légitimes » est une question délicate. Ils impliquent un tableau de valeurs sociales sur lequel on devrait faire un effort pour deviner la pensée du législateur quand il n'a pas énoncé formellement le but poursuivi dans telle ou telle autre disposition légale, ou même quand il s'est désintéressé de la fin que le titulaire pourrait attribuer à la prérogative accordée (72). En conséquence

(71) M. RIPERT, *Rev. crit.*, préc., n° 17; — comp. MAZEAUD, t. I; — comp. M. H. CAPITANT, *Rev. trim.*, 1928, p. 370 et s.

(72) M. DABIN, *Belgique jud.*, 1924, préc., n° 27, col. 328 et col. 559.

on ne veut pas la confier au praticien, et trop sollicitude, qu'est le juge. Si l'intention de nuire est plus facile à constater et on envisager comme entrant normalement dans ses attributions, il en est autrement de son intervention pour l'appréciation de ces mobiles légitimes des actes fondés sur une disposition légale — parce qu'ils ne sont pas encore donnés, parce que indéfinissables et variant avec les espèces. On s'exposerait à des jugements arbitraires des tribunaux sur la valeur des actions humaines. Par exemple, sur l'appréciation de la valeur économique de l'acte que la théorie de l'abus postule par le critère objectif de l'inutilité de l'acte. M. Ripert écrit : « Le juge n'apprécie pas la valeur économique des actes. Son jugement ne porte que sur leur valeur morale et encore dans bien des cas renonce-t-il à faire régner la moralité pour assurer la sécurité de l'action » (73).

La critique converge autour du souci de sécurité de l'action. C'est un problème lourd de conséquences sociales et qui peut être vu sous l'angle de certaines aspirations de l'époque (74). Au fond il s'y agit de plus ou de moins, et cette doctrine con-

(73) M. RIPERT, *Rev. crit.*, préc., nos 15-16; aussi n° 9: « le juriste sait bien que la prétendue défense de l'intérêt social peut n'être qu'un prétexte à la tyrannie arbitraire. Le principe de la liberté est justement la sécurité de l'action conforme à la règle juridique ».

Voir aussi « la nécessité d'une action libre et sans crainte », *La règle morale*, n° 92.

(74) Pour les relations entre la conception absolutiste des droits et le problème de la sécurité juridique, pour l'exposition générale de la question de la sécurité et pour ses rapports avec la philosophie sociale de l'action, — se rapporter aux riches pages de M. R. DEMOGUE, *La sécurité dans les Notions fondamentales du Droit privé*, 1911, pp. 62 et s., et *Oblig.*, t. III, n° 281, pp. 466-467.

temporaire du maximum d'irresponsabilité dans l'exercice des droits a choisi, par rapport à l'état actuel des idées, le parti du minimum d'intervention judiciaire.

C'est tellement vrai que ce souci de la sécurité est, comme toujours, le point névralgique de la question de l'abus des droits que la doctrine dont nous faisons état se déclare disposée à admettre les desiderata concurrents de moralité et d'utilité sociale exprimés par la thèse de l'abus sous la réserve des améliorations techniques. Ainsi M. le professeur Ripert écrit sur la possibilité d'appréciation judiciaire des buts poursuivis dans l'usage des prérogatives légales : « cette conception offre le redoutable danger du contrôle arbitraire du juge sur l'exercice des droits. Elle suppose de la part du juge une délicate appréciation sur les motifs légitimes de l'action. Elle correspond à un degré supérieur de la moralité publique. Pour que ce degré supérieur puisse être atteint sans compromettre la sécurité dans l'action que doit conférer le droit, il faut attendre que la technique juridique dégage les règles permettant d'apprécier les fins poursuivies dans l'exercice des droits. Cette analyse ne peut être faite qu'en réglementant les fins de chaque droit déterminé. Il sera prudent de dire, à propos de chaque droit, dans quel cas l'exercice du droit sera abusif. Le Code civil nous offre des exemples de cette détermination à propos de la résiliation unilatérale, du mandat ou de la société. On concevrait très bien une organisation technique des droits permettant d'atteindre l'abus. Quand ce résultat sera acquis, nous aurons gagné un degré supérieur dans la moralisation des actions humaines » (75).

Ou bien M. Dabin, parlant toujours sur l'admissibilité de

(75) *La règle morale*, n° 103, p. 174.

la répression de l'abus, dit : « moralement la solution négative est certaine : la légalité ne peut couvrir aucune méchanceté, ni même dispenser le titulaire du droit d'en user de la manière la moins dommageable pour autrui et en tout cas, de réfléchir aux conséquences nocives de ses actes. Juridiquement la question est plus complexe. Si manifestement antisocial que soit « l'abus », si scandaleux que soit le spectacle de la protection juridique accordée à cet abus, il faudra voir d'abord si l'outillage technique du droit, — en l'espèce le juge est capable de discerner l'abus sûrement et sans trop d'arbitraire, ensuite, si la sécurité des relations juridiques ne sera pas mise en péril du fait d'un contrôle possible des mobiles individuels. Si ces deux difficultés sont résolues, soit d'une manière générale soit pour certaines matières déterminées, avec ou sans précautions préalables, alors, sans aucun doute, il sera désirable, même socialement, que le droit réprime l'abus » (76).

Donc on pourrait voir dans ces citations qu'il ne s'agit pas d'une fin de non-recevoir essentielle contre l'idée de l'abus. Il de serait question que d'organisation technique qui puisse permettre la sauvegarde de la sécurité.

En conséquence, à la suite de ces développements, on se croirait fondé d'envisager avec optimisme l'avenir de la théorie de l'abus des droits même si l'espérance de l'amélioration technique des règles permettant de l'atteindre serait assez hypothétique. Mais on est encore retenu par des objections de toute autre nature et autrement étendues ; la controverse s'élève explicitement, cette fois-ci, dans un domaine rationnel et même méta-

(76) *Philosophie de l'ordre juridique positif*, n° 45, p. 182, note 1.

physique. Le fondement de l'absolutisme est réclamé aussi par la nature des droits subjectifs, la question essentielle est « qu'est-ce qu'un droit subjectif ? » C'est un des problèmes les plus élevés du Droit. Aussi (en le signalant seulement dans la matière de cette section) ne pouvons-nous mieux faire que de nous reporter aux pensées de nos maîtres et d'en retenir les différences. Sacrifiant les nuances, on peut avoir deux réponses : le droit subjectif est un « pouvoir » de l'individu à l'encontre des autres — et la position opposée l'affirme comme une « fonction » sociale. Théoriquement la différence de position est énorme et les conséquences se déroulent sur des directions opposées. Une des premières conséquences de la conception du droit subjectif comme un pouvoir est certainement la possibilité pour le titulaire de l'exercer souverainement.

§ II

LE RELATIVISME

Devant la doctrine qui fonde la portée absolue des droits subjectifs sur leur nature individuelle et par conséquent sur leur valeur intrinsèque, se dresse une autre qui part de prémisses opposées : les droits sont relatifs, parce que leur nature est, dans sa source première, essentiellement sociale, donc leur valeur doit être constamment fondée sur des éléments extrinsèques.

La doctrine du relativisme, à l'encontre de la doctrine absolutiste, veut dire qu'un droit quelconque ne peut être exercée légitimement par son titulaire que satisfaisant certaines conditions d'ordre idéal. Nous avons noté que l'absolutisme

s'arrêtait à la considération des limites objectives, — la doctrine du relativisme ajoute des exigences nouvelles à cette première considération nécessaire.

On peut poser ces conditions d'ordre idéal, d'une façon générale et en abstrait, comme se rattachant à la mentalité de l'argent. Celle-ci peut être scrutée par deux fois : d'abord au point de vue de sa moralité immédiate : le titulaire du droit ne peut pas employer ses prérogatives dans un but de nuire à autrui.

— Ensuite au point de vue d'une moralité médiate : le titulaire d'un droit ne peut pas employer ses prérogatives dans un but autre que celui en vue duquel elles ont été conférées. — Et dans ses exigences d'ordre secondaire, le relativisme attache encore à l'exercice des droits certains devoirs de diligence.

Cette manière d'envisager la question permet de rapprocher les doctrines qui posent ouvertement le principe de la relativité des droits et les doctrines qui prétendent s'en séparer par l'admission seulement de certaines considérations déterminées d'ordre subjectif qui puissent influencer sur l'exercice des droits. Les dernières peuvent y être rattachées d'une manière virtuelle parce que, d'un point de vue logique, si l'on admet la possibilité d'une seule variété de contrôle subjectif sur l'activité d'un agent qui se trouve dans le cercle d'activité dessiné par une définition objective, on se met dans la position d'accepter, rationnellement, tous les postulats que nous avons notés. Certainement, du point de vue de la réalisation du système, on peut se refuser à telle ou autre conséquence, mais c'est à remarquer qu'on ne peut le faire qu'en se réclamant d'idées d'un ordre différent : sécurité, impossibilité de réalisation technique, etc. Donc on peut négliger les différences de terminologie et rapprocher des doctrines qui ne sont séparées que par des différences de degré dans l'admission d'un même principe. Ainsi la nécessité de l'exercice relatif des droits peut être reconnue d'une manière

indirecte, en reconnaissant les résultats de fait. C'est le cas de la doctrine qui refuse la construction théorique de l'abus tout en retenant les résultats d'équité qui ont été systématisés dans cette théorie et encore atteints par sa pression : nous faisons allusion aux auteurs qui assimilent l'abus au défaut de droit en reconnaissant la nécessité d'une modification des limites des droits. Ceux-ci peuvent être logiquement rattachés à une conception relativiste parce que la limitation des droits n'a pas toujours trait à leurs limites objectives et que bien des cas d'abus ne peuvent être expliqués que par des limitations d'ordre subjectif. Aussi on les retiendra pour une classification des idées relativistes. C'est ce qu'on a appelé l'adhésion quant au « fond » de la question : celle-ci a été obtenue depuis très longtemps, les controverses doctrinales se limitant la plupart des cas à la question de forme de l'abus, au conditionnement du principe, dans le plan de la responsabilité (77).

En acceptant cette sorte d'équivalence de ces diverses manifestations doctrinales on pourrait envisager deux aspects du relativisme : un relativisme d'équité, potentiel — et un relativisme de principe, constructif.

Par la caractérisation de relativisme potentiel on peut viser l'attitude de l'ancienne doctrine et aussi bon nombre d'auteurs qui écrivent sur la question depuis les environs de 1900.

Les commentateurs, avant 1900, en majorité, ont accepté les solutions de l'abus, la plupart visant l'intention de nuire et rarement l'exercice fautif, en les déclarant des solutions d'équité, d'une équité qui est dans la nature des choses et qu'on peut lais-

(77) Voir JOSSEMAND, note, D. P. 1913-2-177.

ser vivre à côté des principes du droit strict. Surtout les premiers auteurs après la codification n'y font pas de difficulté (78). Plus tard, en pleine exégèse, on peut même trouver des déclarations nettes sur le sens relativiste des droits individuels (79), — qui ont seulement une valeur sentimentale. Certainement les virtualités de l'idée de l'abus se sont révélées progressivement, avec le réveil des nouveaux besoins de moralité et de socialité provoqués par les transformations sociales de toute sorte qui ont commencé dans le dernier quart du XIX^e siècle. D'autant plus on doit remarquer chez la plus grande partie de ces auteurs cette admission sentimentale, latente, du futur principe de la relativité (80).

Dans la doctrine qui a écrit à partir de 1900, la prise en considération de l'abus et l'adhésion quant au fond est la règle, — à côté de la discussion portant sur la mise en œuvre

(78) Par ex., PROUDHON, *Usufruit*, t. II, n^o 1478. — PARDESSUS, *Servitudes*, n^o 51. — TOULLIER, t. XI, n^o 154.

(79) Par exemple chez LAURENT, *Principes de Droit civil*, 3^e éd., 1878, t. VI, n^o 140: « Mais est-ce bien user de son droit que de l'exercer dans le seul but de nuire? Pourquoi les droits sont sanctionnés par la loi? Parce que ce sont des facultés qui nous sont nécessaires pour remplir notre mission sur terre. Notre mission serait-elle par hasard de faire le mal pour le plaisir de faire le mal? Et le législateur doit-il sa protection à celui qui emploie à faire le mal un droit qui lui a été accordé comme instrument de développement intellectuel et moral? La conscience répond avec les jurisconsultes romains, *malitiis non est indulgendum* »... Voir aussi t. XX, n^o 411 et n^o 417: « Il n'y a point de droit absolu. La vie commune impose des concessions réciproques ». — Cpr. LAROMBIÈRE, t. VII, éd. 1885, art. 1382, n^o 29, p. 561. — SOURDAT, *Resp.*, t. I, 5^e éd., n^o 439, pp. 547-548.

(80) Voy. sur ce point M. R. DEMOGUE, t. IV, n^o 167. — CAMPION, *Théorie de l'abus des droits*, préc., p. 346. — BETTRÉ-MIEUX, thèse préc., p. 15, note 1.

formelle (81). La théorie de l'abus a été acceptée par sa mise en discussion, et la preuve c'est que la discussion continue. Chez la plupart des auteurs, l'idée de la finalité sociale des droits commence à être déclarée et admise, mais sans des visées constructives. La relativité reste une possibilité de vue théorique de l'ensemble des décisions jurisprudentielles, l'idée est en gestation et ne donne que l'occasion de déclaration de foi tout à fait générales (82).

La définition du relativisme qu'on a donné plus haut nous oblige à mentionner à cette place aussi la doctrine de M. Ripert.

(81) Voy. M. R. DEMOGUE, *Op. cit.*, *loc. cit.* — CAMPION, *Op. cit.*, n^{os} 376-396.

Aj. SAINCTELLETTE et SAUZET, *Resp. et garantie*, *Rev. crit.*, 1883, pp. 616 et s.

Cpr., pour une autre vue de la question, M. BONNECASE, *Précis de Dr. civ.*, 1934, t. II, n^{os} 342-343, qui distingue entre le principe des droits et leur pratique: le principe est absolu, mais pratiquement les droits prendraient un caractère relatif et contingent.

(82) Nous rappellerons ici des auteurs connus dans la question, à titre démonstratif, et sans distinguer ceux qui n'envisagent que la conception restrictive, subjective, de l'abus et même ceux qui le refusent formellement: DUFFAU-LAGAROSSE, *Le louage des services à durée indéterminée*, *Rev. crit.*, 1899, p. 478 et s. — E. LÉVY, *Resp. et contrat*, 1899, pp. 360 et s., et *Vision socialiste du Droit*, p. 47. — PORCHEROT, thèse préc. — BEUDANT, *Introduction au cours de Droit civil*, p. 7. — M. DESSERTAUX, *Abus de droits ou conflit de droits*, *Rev. dr. civ.*, 1906, p. 119. — PLANIOL, t. II, n^o 871. — CHARMONT, *Rev. trim.*, 1902, p. 116. — BAUDRY-LAC. et BARDE, *Oblig.*, IV, n^o 2855. — BARTIN, sur Aubry-Rau, *Op. cit.*, t. VI, § 444, p. 342, en note. — SALEILLES, *Les acc. de trav. et la resp. civ.*, p. 66. — *De l'abus du droit*, rapp. à la Com. de rév. du Code civ. *Bull. soc. ét. législ.*, 1905, p. 325.

Cpr. COLIN-CAPITANT, *Cours élém.*, 7^e éd., t. II, n^{os} 195-199; — IHERING, *Des restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l'intérêt des voisins*, tr. fr. Meulenaere, dans *Œuvres choisies*, t. II, pp. 101-144.

Nous avons fait une allusion à sa conception des droits de nuance absolutiste et à l'exception reconnue en faveur du devoir moral uniquement en ce qui concerne l'intention de nuire. Mais les racines tellement profondes de cette exception nous révèlent la fécondité de cette haute perspective du Droit et peuvent fonder l'espérance, cueillie dans ses lignes mêmes, que cette satisfaction des exigences supérieures de la moralité brisera peut-être ses cadres d'exception. Aussi nous croyons-nous légitimés à considérer cette exception comme un relativisme fragmentaire et à distribuer les visées de sa doctrine sur des plans opposés.

La doctrine contemporaine du relativisme fait une place de beaucoup plus large au contrôle de l'action s'exerçant dans des limites légales. Elle s'applique aussi bien à le fonder juridiquement et rationnellement, qu'à dégager ses orientations essentielles et à fournir une construction théorique. Son programme peut être énoncé par deux idées : la moralisation de l'exercice des droits et l'assignation d'une finalité sociale aux droits individuels. Ces idées ne sont plus présentées comme une simple référence à l'équité, mais comme des principes nécessaires du commerce juridique et tendant à s'intégrer dans la légalité : un droit ne peut plus être exercé légitimement sans que les mobiles du titulaire coïncident avec la fin sociale de ce droit, déclarée expressément ou non par le législateur. Cette notion de fin sociale on peut la décomposer en moralité, nécessairement impliquée, et socialité, dans le sens spécial du respect des diverses finalités sociales des droits.

I) MORALISME. — La répression de l'immoralité a justifié toujours l'intervention du juge dans l'usage des droits légaux et contractuels. La thèse moderne de l'abus a été caractérisée

dès ses débuts, par le renforcement et la tendance à généraliser cette intervention salutaire. Il y a eu les critiques habituelles, que l'on a déjà rencontrées et sur lesquelles on reviendra à l'occasion de la revue des critères de l'application de l'abus, mais qui cèdent ordinairement devant la nécessité morale de réprimer l'intention de nuire et le dol dans l'exercice des droits, tout comme le juge le fait dans la caractérisation de l'usage fautif de la liberté.

Des vives méfiances ont été provoquées par la perspective de cette large enquête, à faire par le juge, sur la moralité des mobiles déterminants des actions individuelles. Dans la pratique des choses on débat encore le terrain et les conquêtes de cette mentalité sont discutées par des raisons tenant à leur organisation technique et à des considérations d'opportunité : mais, au moins, la tendance est ferme et le principe est bien défendu.

Les rapports entre le Droit et la Morale se réclament de la philosophie morale et de la philosophie générale. Les attitudes à prendre, dans l'intérêt des discussions et solutions juridiques, peuvent être différentes. Il y a une large marge de choix.

La doctrine traditionnelle distinguait fermement entre les deux disciplines de la Morale et du Droit (82 bis). Pour des raisons tirées de leur nature, qu'on posait comme différente, et par rapport aux buts différents qu'on leur assignait. Cette conception devait beaucoup aux préoccupations spécifiques de l'époque, concernant la liberté civile, particulièrement la liberté d'opinion et de foi. Elle est dans la ligne logique de la restriction du domaine juridique, de l'interventionnisme, — en vue

(82 bis) Voy. ci-dessus, ses relations avec l'absolutisme.

d'une organisation politique libérale (83). C'est cette distinction qui est ordinairement invoquée par les adversaires de l'abus.

La tendance du relativisme se réfère à une autre attitude possible, et que l'état moral et social présent rend nécessaire : à l'encontre des la théorie classique on pose, en principe, qu'entre les deux disciplines, droit et morale, il y a identité. Identité de nature, de domaine, de but. Les différences, comme la contrainte, se surajoutent et créent à *posteriori* une différenciation (84). La conséquence primordiale de cette assimilation, ce sont les rapports constants qu'on doit viser et faciliter entre

(83) Ainsi pour la distinction traditionnelle du Droit et de la Morale, spécialement pour la distinction entre le *devoir de justice* et le *devoir de charité*, et par la restriction du domaine de la justice au profit de celui de la charité, on peut consulter: BOISTEL, *Cours de phil. de Droit*, t. I.; — BELIME, *Phil. du Droit*, 1843, p. 182; COLIN-CAPITANT, *Cours*, t. I, p. 4, t. II, 7^e éd., n° 191; — BARTIN, sur Aubry et Rau, *Op. cit.*, § 1, § 297.

Pour l'exposition et la critique de la thèse, voy.: M. G. RIPERT, *La règle morale*, etc., préc., n°s 4 et 5; — E. GOUNOT, *Aut. de la volonté*, thèse, Dijon, préc., p. 76 et note 1, pour l'origine de cette séparation qui remonte jusqu'à Calvin et l'individualisme protestant, pour arriver à être érigée en principe absolu par Fichte et ses disciples.

Aj. G. RENARD, *Le Droit, la logique et le bon sens*, appendice, p. 387; — BONNECASE, *La notion de Droit en France au XIX^e s.*, n°s 4 et s.

Cpr. R. CAPITANT, *L'impératif juridique*, thèse, Paris, 1928, pp. 195 et s. — Cpr. en matière d'omission: DOMAT, *Les Lois civiles*, liv. II, tit. VIII, s. IV, n° 8. — PROUDHON, *Usufruit*, t. II, n°s 148 et s. — DEMOLOMBE, t. 31, *Oblig.*, v. VIII, n° 479, pp. 414 et s. — LAROMBIÈRE, t. V, art. 1382-1383, n°s 6-7, cpr. t. VIII, éd. 1885, n° 3.

(84) Voy. pour le courant, parmi les auteurs modernes qui considèrent qu'il y a identité entre les deux disciplines, surtout du point de vue de la morale sociale; et en conséquence subordination du Droit à la Morale: MM. RIPERT, *La règle morale*, 2^e éd., n° 6, p. 11, et n°s

les deux impératifs ; la normativité juridique découle et doit suivre la normativité morale. C'est ce qu'on appelle le *moralisme juridique* par rapport aux doctrines d'autres juristes contemporains (85). Ainsi M. Josserand soude droit et morale

14-15, n^{os} 203 et s.; — JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, etc., préc., n^o 254, pp. 324 et s.; — HAURIOU, *Précis constit.*, 2^e éd., 1929, pp. 650 et s.; — CAMPION, *Théorie de l'abus des droits*, préc., n^o 450, p. 357; — CHARMONT, *L'abus des droits*, *Rev. trim.*, 1902, p. 121.

Cpr. GENY, *Science et technique*, t. I, p. 47, n^o 4 et t. II, p. 361. — DUGUIT, *Traité constit.*, t. I, p. 56; — G. RENARD, *Le Droit, la Justice et la Volonté*, p. 90 ss., p. 102 et s. (le dr. nat. est la morale sociale); — R. CAPITANT, *L'impératif jur.*, thèse préc., p. 173, note 1 (voy. p. la synonymie: droit-morale sociale).

Adde: SOURDAT, t. I, n^o 440, p. 549: « la loi primordiale et universelle du monde moral, qui conduit à discerner les actes dommageables qui doivent entraîner réparation ». — En ce qui concerne l'orientation récente de la philosophie du Droit vers l'éthique chrétienne (MM. Gény, Ripert, Renard, Dabin, Ben. Croce, M^{lle} Piot) et ses rapports avec la renaissance de la métaphysique traditionnelle, spéc. de la morale catholique, et pour cette tendance d'identifier droit et morale, en considérant le premier comme l'expression extérieure concrète de la deuxième discipline, voy. M. D. DRAGHICESCO, *Droit, Morale, Religion*, *Archives de philosophie du Droit et de Sociologie juridique*, 1932, n^{os} 1 et 2, pp. 239-241.

Contra, BONNECASE, *La pensée jur. fr.*, t. II, n^o 403, et *Science du Droit et Romantisme*, pp. 312-398: le mouvement est qualifié de « romantisme », en tant que l'orientation du Droit dépendrait des systèmes individuels de morale.

(85) Doctrine qui considère d'une façon variée ces rapports et différences: voy. M. DEMOGUE, *Notions fondamentales*, préc., pp. 13 et s., et *Oblig.*, t. I, n^o 15. — Pour les différences de domaines: la morale s'applique à l'ordre individuel intérieur, le droit à l'ordre extérieur: voy. RENARD, *La valeur de la loi*, p. 54. — Ces deux disciplines se distinguent d'après leur objet; morale: activités intell. et affectives; droit: activités économiques ou autres sous leur aspect matériel: CORNIL, *Le Droit privé*, préc., p. 5. — Le Droit est une notion spécifique distincte de la morale, le bien juridique étant une synthèse entre le moral et

sociale : « En réalité, le droit tout entier est imprégné profondément de la morale, et c'est fort heureux. Car, s'il en était autrement, il deviendrait tout simplement odieux et vide de sens puisqu'il emprunte toute sa vitalité et le meilleur de sa nourriture au sentiment collectif, à la morale sociale dont il ne saurait être détaché sans se réduire par là même à l'état d'abstraction », et encore : « le droit ne sera jamais autre chose que la morale dans la mesure où elle devient susceptible de coercition, la morale sociale, la morale en action » (86). La doctrine typique, celle de M. Ripert, qui voit tout le Droit dominé par la règle morale, on la trouve concentrée dans ces lignes : « il n'y a en réalité entre la règle morale et la règle juridique aucune différence de domaine, de nature et de but. Il ne peut y en avoir, car le droit doit réaliser la justice et l'idée du juste est une

l'utile : L. LE FUR, *Essai d'une définition synthétique du Droit*. — Pour la théorie de Kant, spéc. dans ce domaine, voy. R. CAPITANT, thèse préc. (distingue entre les deux catégories de règles suivant que l'idée du devoir d'accomplir l'action est nécessairement requise comme mobile ou non). — Pour différences du point de vue des fins, le droit visant le bien commun temporel, — la morale visant le bien individuel éternel dist. thomiste, voy. DABIN, *Phil. de l'ordre jur. positif*, préc., n° 47, pp. 187 et s. — Pour les interférences nécessaires, v. le « devoir moral de justice légale », voy. p. 129 ; p. l'utilisation des données morales dans l'élaboration juridique, n° 121, spéc. n° 124 ; — p. différences d'étendue entre les deux responsabilités, d'inspiration thomiste. POL JOATTON, *Essai critique sur la théorie générale de la resp. civ.*, thèse, Lyon, 1933.

Adde SAVATIER, *Règ. gén. de la resp. civ.*, *Rev. crit.*, 1934, 1934, pp. 429 et s., n°s 16-17, p. le rôle de la morale dans la détermination de l'élément « objectif » de la faute, posant l'existence du devoir. — E. GURVITCH, *L'idée du Droit social*, t. I, spéc. pp. 100 et s., pour la conception de la justice comme « logicisation et généralisation des qualités irrationnelles de l'idéal moral », et la déduction de la notion du Droit du rapport entre la justice et la morale.

(86) *De l'esprit des droits*, etc., préc., n° 254, pp. 324-325.

idée morale. Mais il y a une différence de caractère. La règle morale devient règle juridique, grâce à une injonction plus énergique et à une sanction extérieure nécessaire pour le but à atteindre. Elle s'incarne et se précise par l'élaboration technique de la règle juridique... » (87).

Cette doctrine a pour conséquence une vue évolutive du Droit, suivant la mesure où, dit M. Demogue, évolue l'appréciation de la moralité nécessaire dans les actes, parce que « à mesure que les idées s'affinent, les actes paraissent devoir exiger plus de moralité » et que « le progrès consiste souvent théoriquement à faire de certaines fautes morales des fautes légales » (88).

II) FINALISME. — Le deuxième aspect du relativisme contemporain est la spécification de fins sociales aux droits subjectifs et la tendance d'imposer, par le truchement du juge, leur respect aux titulaires agissants. Certainement, le Droit en tant que discipline sociale a toujours été une discipline téléologique et en tant que réalisation d'ordre social a dû être nécessairement une organisation fondée sur des fins sociales. Mais on peut imposer celles-ci directement ou indirectement, et la caractéristique du mouvement c'est de préciser et d'analyser ces fins sociales pour les imposer directement et par préférence à d'autres. On précise sa position par rapport à la conception individualiste du Droit qui voyait se réaliser normalement les buts essen-

(87) *La règle morale*, n° 6, pp. 10-11, et renvoi aux citations de la p. 41.

(88) *Oblig.*, t. IV, n° 679, p. 366, n° 688, p. 375-376. — Cpr. p. la distinction du droit et de la morale en droit romain et pour l'évolution des « officia », devoirs imposés par les mœurs, en oblig. légales: CUQ., *Institutes jur. des Romains*, ancien droit, pp. 592 et 593.

tiels de la société par le moyen des fins individuelles, dans le plan individuel.

La doctrine relativiste veut que ces fins sociales qu'elle entend assigner aux droits subjectifs, soient imposées par le juge, qu'elles descendent ouvertement dans le plan de la responsabilité et que les volontés qui ne s'y conforment pas soient déclarées immorales. On se rapporte au criterium très souple, ce qui fait aussi sa faiblesse, des « mobiles légitimes » : le juge apprécie le motif de l'exercice du droit fait par le défendeur en contemplation du but social de ce droit déclaré par le législateur, ou dégagé par lui-même, dans l'ambiance de la loi à appliquer et dans l'ambiance sociale des mœurs de l'époque.

Il suffit d'indiquer pour le moment, que des auteurs considérables militent pour cette idée. Nous relevons ce passage chez M. Josserand : « ... toute cette théorie de l'abus constitue la consécration et la sanction de l'esprit dont sont animées ces différentes prérogatives et dont elle prétend assurer la parfaite observance ; grâce à elle les droits se réalisent non pas dans une direction quelconque, mais dans une ambiance sociale, en fonction de leur mission et en conformité à ces principes généraux qui sont, comme on l'a dit, sous-jacents à la légalité, un droit naturel à contenu variable et comme une superlégalité. Chacune de nos facultés tend à un but qui est déterminé par l'esprit de l'institution. C'est la théorie de l'abus qui les maintient dans le droit chemin, qui les empêche de s'en écarter et qui les conduit aussi d'une impulsion sûre, jusqu'au but à atteindre » (89).

(89) *Loc cit.* et passim. — Comp. note sous Trib. civ. Toulouse, 13 avril 1905, D. P. 1906-2-105, et note D. 1929-1-97. — La même opinion est celle de M. le professeur DEMOGUE, qui pose le problème, ensuite, sur le domaine plus vaste de la limitation des droits sub-

La conception est très large, aussi a-t-elle souffert des critiques assez vives. Elles se rattachent aux considérations tenant à la nature des droits, et aussi, aux difficultés de réalisation technique (90).

L'effort le plus caractéristique pour orienter et mettre en œuvre, techniquement, le relativisme et le concept des « mobiles légitimes » a été accompli par M. Josserand. Le savant auteur, distinguant les droits d'après leur esprit, s'arrête à une classification fondée sur l'idée de but. Nous arrivons, tout aussi comme nous avons conclu sur la conception absolutiste des droits, symétriquement, à l'idée essentielle qui justifie toute l'architecture du système de la relativité des droits : elle est que la raison ultime,

jectifs. Voy. aussi pour la conception de la « faute sociale », qui réprime le manquement à l'ordre social, à la finalité, *Oblig.*, t. IV, n° 679, pp. 366-367, n° 680. — SALEILLES, *Oblig.*, 3^e éd., n° 310, note 1, p. 371. — CAMPION, *Op. cit.*, n° 401, e. t. s., p. 292 et s. — FERRON, note, S. 1905-2-17, pp. 18, col. 1-2. — Cpr. MAZEAUD, 2^e, éd. t. I, n° 549, p. 522.

Adde CUCCHE, A la recherche du fondement du Droit. Y a-t-il un romantisme juridique?, *Rev. trim.*, 1929, pp. 57 et s., spéc. p. 66. — SULTAN, thèse préc., p. 63 s. — FRANCESCO FLUMENE, *L'uso illecito del diritto* (dans *Studi in onore di Alf. Ascoli*, pp. 468-469) : toute norme a un contenu spirituel, parce que la disposition veut réaliser un but, qui satisfasse une nécessité humaine ; or, le but doit être licite.

(90) Le chef de l'Ecole adverse est actuellement M. RIPERT : dans la *Règle morale* est retenue la distinction classique entre les devoirs de justice et les devoirs de charité. Les fins légitimes sont considérées parmi ces derniers : « la carence de l'usage du doit pour faire le bien ». Tout en admettant la justesse morale de cette théorie, la refuse pour des consid. techniques et d'opportunité, n° 103, pp. 173 et s. — Mais dans l'article précité, *Abus ou relativité des droits*, M. RIPERT reprend l'attaque d'une manière plus rigoureuse, en ajoutant à ces arguments des considérations sur la nature des droits. — Cpr. DABIN, préc., *Belgique jud.*, 1921, n° 27, col. 328 (vague du mobile légitime).

ou première, des droits individuels est l'ordre et l'utilité sociale; ils n'en sont que les moyens et doivent toujours tendre vers ces buts extérieurs sous peine d'être infirmés dans leurs résultats. C'est la conception du *droit-fonction*. Cette conception implique, tout aussi bien que la conception opposée du droit-pouvoir, une certaine philosophie globale du monde social et de son bien-fondé sera décidé par les raisons valables, le prestige et les adhésions dont jouit cette philosophie. De notre temps, la philosophie socialiste a provoqué des remous immenses qui arrivent dans le domaine juridique sous le nom de Droit Social. Il faudra donc tâcher de restituer à la conception du droit-fonction son cadre.

Section II

L'ABUS DES DROITS AU POINT DE VUE DE LA NATURE DES DROITS SUBJECTIFS

Dans la section précédente on a fait une courte parallèle entre les doctrines de l'absolutisme et du relativisme des droits qui arrivent à des conclusions différentes sur la portée qu'on doit reconnaître aux droits individuels, légaux ou conventionnels.

Des considérations diverses les séparent, portant sur les éléments de définition des droits et sur le souci de sécurité des titulaires.

De ces deux ordres de considérations, nous allons encore nous arrêter à la première, aux éléments de définition des droits qui, en posant du même coup le fondement de la responsabi-

lité (91), se situent au centre du problème de l'abus. Nous avons tâché de voir l'absolutisme et le relativisme des droits, comme deux vues opposées sur la question des limites des droits : le premier visant surtout les limites objectives, comme seules légitimes, le deuxième leur assignant encore des limites subjectives, tenant à la mentalité du titulaire. En entendant par limites objectives de l'étendue d'un droit, celles qu'on peut élaborer en considération de l'objet sur lequel porte le droit et par rapport à des circonstances d'exercice et à des personnes déterminées auxquelles on peut l'opposer — et par limites subjectives, les conditions d'ordre idéal que le titulaire du droit doit satisfaire dans son action : ne pas employer son droit dans un but de nuire à autrui sans intérêt « sérieux » par soi-même et ne pas l'employer qu'en respectant le but social en vue duquel le législateur l'a conféré, ou que le juge peut raisonnablement penser, dans l'ambiance de la loi, que le législateur a visé — ou même dégagé par le juge dans l'ambiance des idées et mœurs de l'époque (92).

Cette opposition est en quelque sorte didactique ; des considérations se rattachant au but social des droits et aux mœurs se trouvent constamment en législation et jurisprudence. Le rappel du système légal des vices du consentement, du grand rayonnement de l'art. 6 du Code civil en jurisprudence, de l'extension jurisprudentielle de la théorie de la cause afin de toucher les conventions illicites ou immorales, des applications de la règle « nemo auditur propriam turpitudinem allegans », prouve bien que les considérations d'ordre social et moral s'imposent parfois

(91) V. M.-R. DEMOGUE, *Oblig.*, t. III, p. 226, pp. 368-369.

(92) V., en dehors de la controverse absolutisme-relativisme, dans le sens de la dualité de nature des limites du droit. M. R. DEMOGUE, *Oblig.*, t. II, pp. 368-370.

d'elles-mêmes et que la question pratiquement se réduit à un dosage de leur importance.

En matière de l'exercice des droits, c'est justement l'importance de ces éléments qui est en litige. Mais les termes de ce litige se posent de telle façon qu'il faut choisir une solution de principe : l'intervention des jugements de nature sociale et morale dans la décision du juge est réclamée par la théorie de l'abus d'une façon constante et générale dans l'exercice des droits ; la conception absolutiste se refuse à voir la légitimité du principe de cette intervention, la conception relativiste, par contre, la demande.

Le choix entre ces deux vues est en dépendance des idées sur la nature et le but du Droit en général ; un Droit organisé sur des fins individuelles arrivera dans ses conséquences à refuser le bien-fondé d'un pareil droit de regard ; tandis que l'organisation juridique fondée aussi sur des fins sociales, la postulerait nécessairement.

Dans cet ordre d'idées, le conflit s'est cristallisé sous une forme théorique dans les doctrines opposées du droit pouvoir et du droit fonction.

Aussi il convient de faire une allusion à la manière dont le problème s'est posé en droit français et qui, dans les proportions et les visées modestes de ce travail, n'aura plutôt qu'un intérêt de méthode.

§ I

La conception individualiste du droit et la théorie du droit pouvoir

Le sommet des constructions juridiques est dominé par quelques idées redevables à la philosophie du droit qui donnent un sens global, la vie, à toute cette technique. Dans les

écrits des civilistes, ces idées viennent ordinairement, comme des vérités élémentaires qui justifient les procédés et les conséquences. L'idée-force qui a réuni les juristes individualistes, « classiques », autour du Code de 1804 et a dirigé son interprétation pendant le XIX^e siècle, a été la « liberté » ; c'est elle qui a été le point de départ de la construction autant du droit public que du droit privé. On la considérait comme une vérité axiomatique, qui se dispense de démonstration, comme un corps simple. La pensée classique voit dans la liberté une puissance de l'individu de disposer de soi qui se justifie par la valeur immanente à la personne humaine par son « éminente dignité » (93). Philosophiquement, la société est une somme d'individus isolés et moralement l'homme est postulé comme une fin en soi.

De ces idées, on a tiré la doctrine politique et juridique classique individualiste qui part de cette constatation que l'individu est, philosophiquement et moralement, la seule réalité sociale, — pour faire de lui, avec sa liberté, le point de départ et l'aboutissement du Droit ; autour de ce seul point résistant on a construit le système politique et juridique de la société. Le fondement du droit est la liberté et la volonté libre de l'individu ; la règle de droit n'a légitimement que la mission de maintenir l'équilibre entre les autonomies individuelles. La seule restriction possible est celle qui est nécessaire pour la coexistence des libertés ; la norme objective est ainsi justifiée par le principe de l'autonomie de l'individu, qui est l'épine dorsale du système.

Les idées individualistes sont l'aboutissement d'un processus

(93) V. M. R. DEMOGUE, dans *Notions fond. du dr. civ.*, préc., p. 335, etc. — E. CAYRET, *Le Procès de l'indiv. juridique*, thèse, Toulouse, 1932, pp. 239-240. — H. MICHEL, *l'Idée de l'Etat*, thèse lettres. Paris, 1895.

d'idées qui, depuis les stoïciens et le christianisme convergent à attribuer à la personne humaine, en tant que définie par une volonté consciente, une valeur morale. La distinction entre le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel posée par le christianisme opposa la valeur individuelle à l'Etat ; le Moyen Age et la philosophie scolastique, à la suite, ont considéré l'individu comme une valeur absolue et une fin en soi, sur la base d'un ordre naturel (94). La tradition théologique individualiste, traversant les aspirations libérales de la Renaissance, vient se laisser dans l'œuvre de Grotius, — qui fut continuée d'un côté par Locke et Montesquieu, de l'autre par le XVIII^e siècle, les Encyclopédistes, Rousseau, le libéralisme économique et Kant (95) — pour aboutir à la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789.

Dans cette dernière étape, le Droit est conçu comme un attribut de l'homme, fondé sur sa nature rationnelle et révélé directement par la conscience. Donc, antérieur à la société et transcendant à la législation positive. Conception rationaliste et idéaliste du droit naturel que les philosophies grecque et romaine ont aussi cultivé ; « ratio summa insita in natura » — disait Cicéron. C'est cette notion du droit naturel qui va

(94) Cons. sur ces points, par exemple, MM. G. DAVY: Pourquoi vaut la foie jurée, *Rev. de Métaph. et de Morale*, 1917, pp. 327 et s., spéc. p. 352; — E. CAYRET, *Le Procès de l'indiv. juridique*, thèse, Toulouse, 1932, pp. 36-37-39 (citant GIERKE, *Les théories politiques du Moyen Age*, p. 257).

(95) Voy. FOUILLÉE, *L'Idée moderne du Droit*, 2^e éd., 1883, pp. 115 et s.; — BEUDANT, *Le Dr. indiv. et l'Etat*, p. 149; — E. GOUNOT, *Aut. de la Volonté*, th. préc., p. 33; — E. CAYRET, *Le Procès de l'Individualisme juridique*, pp. 45 et s.; — G. MORIN, L'individualisme de la Réc. et du C. C. et la structure nouvelle de la vie écon., *Rev. de Métaph. et Morale*, 1917, p. 524.

fonder l'idéologie révolutionnaire et dominera les conceptions des auteurs du Code de 1804. Mais seulement après avoir subi une profonde modification dans son contenu. La tradition greco-romaine du droit naturel et de la justice avait légué à la philosophie théologique du Droit l'idée de la *loi* naturelle d'un ordre naturel, source des droits individuels. Cette notion objective du droit naturel ne se retrouve plus dans l'idéologie révolutionnaire. On y trouve substituée la notion de *liberté* naturelle et la conception du droit naturel comme un droit subjectif, ayant pour point de départ la volonté et, en ce qui concerne les personnes privées, le pouvoir de volonté individuel (96). —

Cette notion de liberté naturelle fondera la doctrine individualiste classique du droit subjectif (97). Les bases philosophiques sont redevables, en général, à l'optimisme rationaliste du XVIII^e siècle et sont puisées dans les conceptions de Rousseau et de Kant. Le premier lui fournira l'idée de l'« état de nature » et la théorie contractualiste de la société

(96) Sur cette transformation, on trouve des opinions diverses. La bibliographie est importante. On peut retenir deux vues très différentes : la première voit le subjectivisme du droit naturel, fondé sur l'autonomie individuelle, introduit par la sécularisation de la philosophie de Droit accomplie par Grotius. — Voy. Em. GOUNOT, *Aut. de la Volonté*, p. 34 (et références) ; — cpr. E. CAYRET, *Le Procès de l'Indiv. jur.*, th. préc., p. 44 ;

La deuxième opinion considère que la notion du dr. naturel objectif a été perpétuée dans les écrits de Grotius et des écrivains postérieurs, et que les révolutionnaires se sont trompés sur la signification de ces doctrines, ou bien ils ont donné un autre sens aux « dr. naturels de l'homme » que celui pensé par la doctrine traditionnelle: voy. N. COUMAROS, *Le droit de la volonté dans l'Acte juridique*, th., Bordeaux 1931, pp. 116-117 (et références). — Adde pour les doctrines des théoriciens du dr. naturel. HOFFDING, *Hist. de la Phil. moderne*, Tr. fr., t. I, pp. 41-63.

(97) Voy. A. FOUILLÉE, *L'Idée moderne du Droit*, pp. 177 et 55.

(98) ; le deuxième lui donnera des bases métaphysiques rationnelles, un fondement rationnel à priori (99). Les deux doctrines convergent à fonder le concept des « droits naturels », innés, de l'homme, antérieurs et supérieurs à la société, s'imposant au législateur comme une nécessité de raison : l'état de nature postule la liberté originaire de l'individu et le contrat social délimite les rapports du politique et du juridique avec cette liberté, en définissant la société comme une acte de volonté libre ; et le fondement à priori du Droit conduisant, d'autre part à l'envisager comme une idée s'imposant aux faits.

La règle de droit, ayant son fondement dans les volontés individuelles, n'aura donc comme objet et but que la protection de ces droits naturels, innés de l'homme ; c'est sa seule raison d'être dans un ordre individualiste, conçu comme un ordre juri-

(98) La théorie de l'état de nature, dans la pensée de Jean-Jacques, devait être une méthode rationnelle pour définir la nature de l'homme, en vue de déduire les principes politiques de la société. — Sur cette conception hypothétique de l'état de nature et sur les différentes manières d'interpréter Rousseau, voy. N. COUMAROS, thèse préc., pp. 112 à 116 (références) ; — pour les différences entre l'état de nature de Hobbes et Locke, — et celui de Rousseau, *ibid.*, pp. 111-112 (et références) ; — cpr. CAYRET, thèse préc., p. 45. — Sur l'idée du contrat social, depuis Epicure jusqu'à Rousseau, voy. P. JANET, *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale*, 3^e éd., t. II.

(99) Dans le cadre de ce paragraphe, nous nous bornons à renvoyer seulement à la thèse de M. CAYRET, *Le Procès de l'Indiv. jur.*, préc., où l'individualisme de Rousseau et Kant est discuté amplement et où ils sont aussi considérés, sous le rapport de leurs doctrines politiques, comme les promoteurs de l'étatisme contemporain ; — Rousseau inspirant, à travers Kant, Hegel et l'Ecole allemande contemporaine : voy. pp. 55 et s., 67 et s., citant DUGUIT : *Rousseau, Kant, Hegel (Rev. Dr. Public, 1918, p. 178)* et nombreuses références.

dique naturel (100). C'est ce qu'on a appelé le subjectivisme révolutionnaire.

Dans cette société « atomisée », les rapports sociaux seront fondés sur la volonté des individus indépendants et « autodépendants » (101), sur le contrat. Le principe de l'autonomie de la volonté est la clef du système juridique et le contrat, la clef de la cohésion sociale (102). Cette conception absolue reçoit des correctifs par le principe de l'ordre public, « quand même conçu, comme l'ensemble des libertés individuelles et de leurs garanties légales » (103). Le système juridique est doublé d'une doctrine politique libérale et par le libéralisme économique, qui proscriit l'interventionnisme et fonde la liberté de l'intérêt personnel sur le principe de l'accord naturel entre la libre concurrence et l'intérêt général (104). Le non-interventionnisme économique ou judiciaire, est un dogme.

(100) Voy. DUGUIT, *Traité Dr. const.*, 1927, I, p. 203; — R. CAPITANT, *L'Impératif juridique*, thèse préc., p. 222.

(101) G. MORIN, *L'Ind. de la Rév. fr., etc.*, art. préc., *Rev. de Métaph. et Morale*, 1917, p. 551.

(102) M. R. DEMOGUE: La th. de l'aut. de la volonté « n'est qu'un aspect spécial de la théorie individualiste, théorie qui considère que tout est dans la société pour homme actuel et par l'homme actuel », *Oblig.*, t. I, n° 27, p. 84; — « chacun se trouve obligé seulement lorsqu'il l'a voulu et possède des droits dans la mesure où il a voulu les avoir », *Notions fond.*, préc., pp. 147; — DUGUIT, *Traité dr. const.*, 1927, t. I, p. 347; *Transf. gén. dr. priv.*, pp. 57-58; — GENY, *Méthode d'interprét.*, préc., 1919, 2° éd., t. II, p. 151; — G. RIPERT, *La Règle morale*, etc., préc., n° 22, pp. 36 et s.; — BONNECASE, *Introd. à l'Etude du Droit*, Sirey, 1926, pp. 35-37; — E. GOUNOT, *Aut. de la volonté*, th. préc., pp. 29-61 et s., 319; — DEREUX, *De l'Interprétat. des actes juridiques privés*, th. Paris, 1905; — N. COUMAROS, *Le rôle de la volonté dans l'Acte juridique*, th., Bordeaux, préc., p. 118; — FOURNIÈRE, *Essai sur l'individualisme*, 1908.

(103) E. GOUNOT, th. préc., p. 59 et notes.

Le Code Napoléon a été réalisé dans cette ambiance ; doctrine métaphysique des droits « naturels » de l'individu, — théorie formelle du Droit posant une explication mécanique, contractuelle, d'une société, vue comme une juxtaposition des droits subjectifs, — doctrine politique de la liberté et de l'égalité devant la loi, — système juridique individualiste, ayant comme point central l'autonomie de la volonté ; toutes ces voies conduisent à un juridisme un peu figé (105), à peine tempéré par les vues plus réalistes des praticiens qui ont rédigé les textes. (106)

L'Ecole de l'exégèse surenchérit, par sa confusion du Droit avec la loi (107) et par sa méthode d'exposition et d'inter-

(104) Voy. p. exposé et références : GIDE et RIST, *Hist. des doctrines écon. en France depuis 1870*, pp. 378-419 ; — PIROU, *les Doctrines écon. en France depuis 1870*, pp. 95 et s. ; — G. RICHARD, *La Question sociale et le Mouvement phil. au XIX^e s.*, p. 3 et s. ; *Notions de Sociologie*, 1928, 4^e éd., p. 187 et s. ; E. GOUNOT, *th. préc.*, pp. 40-41 ; — G. MORIN, *L'Indiv. de la Rév. fr.*, etc., loc. cit., p. 526.

Voy. sur la valeur du libéralisme, comme méthode de réalisation de l'individualisme : N. COUMAROS, *th. préc.*, pp. 97-98.

(105) « Par son aspect individualiste, la philosophie du Code Napoléon se situe dans l'ensemble des efforts intellectuels qui ont eu pour objet d'expliquer la vie sociale, laissant en dehors la vie morale et la vie physique de l'humanité ; elle est, en d'autres termes, une doctrine juridique et rien qu'une doctrine juridique ; elle voit du même coup l'essence de la vie sociale, ou si l'on veut, l'essence de la société dans l'individu, ou plutôt, dans la personnalité, tant individuelle que collective ; celle-ci constitue la racine du Droit et à ce titre son respect et sa protection concrétisent la substance de la notion de droit, la directive suprême du législateur et du juriste dans l'élaboration des règles du Droit. » — M. J. BONNECASE, *Pensée jur. fr.*, t. I, n° 226, pp. 514-515.

(106) Sur l'élément expérimental social, dans la conception du Code et sur la doctrine de Portalis, voy. : M.-J. BONNECASE, *op. cit.*, n° 224, *Science du Droit et Romantisme*, pp. 12-60 ; — cpr. J. DABIN, dans *Belgique judiciaire*, 1924, col. 554.

(107) Voy. pour cette réaction de l'exégétisme contre la philosophie du Code : BONNECASE, *Pensée jur. fr.*, *préc.*, t. I, n° 232, n° 240.

prétation littérale des textes. Dans cette atmosphère de légalisme outrancier l'éthique nouvelle de la liberté, partant de l'affirmation que les consciences individuelles ont le sens de la responsabilité morale, ajoutait encore la séparation de la norme morale et de la norme juridique : donc l'individu peut exercer souverainement sa liberté pour la satisfaction de ses intérêts, même les plus égoïstes, et cette liberté n'a de bornes, comme le déclare l'art. 4 de la Déclaration des Droits, que celles qui découlent de la coexistence des libertés concurrentes de ses semblables. Quant à cet équilibre, il est réalisé par les définitions des droits subjectifs frappées dans le Code.

*
**

La conséquence qu'on retiendra de cette conception du Droit, dans la matière de ce paragraphe, est que le droit individuel y est présenté uniquement comme un *pouvoir de volonté*, enfermé dans des limites pré-fixées, et que cette vue volontariste du Droit se ressent dans toutes les déductions des écrivains de l'exégèse et descend dans l'ordre de la responsabilité : on ne doit sanctionner que les atteintes portées au droit d'autrui par des dommages positifs, en négligeant la lésion des simples intérêts (108), « avantages » — et on départagera ces deux notions par une interprétation serrée des textes légaux ou conventionnels, et par une application restrictive de la faute. D'un autre côté, en bonne logique, le Droit se désintéresse de l'emploi du droit individuel tant qu'il est fait dans ses limites matérielles,

(108) Par exemple, voy. DEMOLOMBE, *Cours*, t. XII, *Traité des servitudes*, v. 2, 4^e éd., 1868, pp. 646-647-648; — TOULLIER, t. III, p. 328; — SOURDAT, *Resp.*, t. I, n^{os} 424-425; — AUBRY-RAU, *Cours*, 4^e éd., t. II, § 191, p. 175, et § 194, p. 198.

légales ou conventionnelles ; la volonté est souveraine à l'intérieur de celles-ci. Sauf le respect des dispositions impératives, d'ordre public, la plupart conçues aussi dans le plan individualiste, l'emploi du droit n'est critiquable, ni du point de vue de la valeur morale du but poursuivi, ni des répercussions sociales qui s'en suivent (109). Le titulaire du droit doit jouir d'une entière sécurité (110). La *portée absolue du droit* est un point d'arrivée obligé.

Cette idée du droit-pouvoir, liée à l'idéologie révolutionnaire, a été la substance de la doctrine des juristes du XIX^e siècle et se continue dans les conceptions d'éminents maîtres de la pensée juridique contemporaine. Nous relèverons, plus près de nous, deux points d'appui : le premier est la théorie « classique » des droits individuels, fondée sur la nature libre de l'homme, qui trouve un fondement rajeuni dans la réaction de l'Ecole néo-criticiste de Renouvier contre le sociologisme positiviste de Comte — et dont on peut trouver l'expression chez M. A. Esmein, qui fonde l'individualisme dans le droit public, sur la base d'une méthode rationnelle et historique (111), et chez M. Ch. Beudant (112). Voici un passage bien connu du dernier : « Le Droit, c'est l'autonomie de l'être humain, la

(109) Voy. E. GOUNOT, th. préc., n^{os} 28-29, 75-76.

(110) Voy. sur la relation entre cette théorie du droit subjectif et la sécurité, M. R. DEMOGUE, *Notions fond. dr. privé*, préc., p. 336.

(111) *Eléments de Droit constitutionnel français et comparé*, t. I, 8^e éd., revue par H. NÉZARD, 1927.

(112) Voy. E. CAYRET, *Le procès de l'Individualisme*, thèse préc., p. 171 et s., pp. 227 et s.

Adde sur l'Ecole criticiste en France, de l'individualisme rationnel, postulant la supériorité du droit personnel sur l'utilité sociale — et ses relations avec Proudhon et V. Cousin : RICHARD, *Manuel de Morale*, pp. 186 et s.

faculté inhérente à sa nature de ne dépendre que de lui-même dans la direction de ses pensées et de ses actes ; inviolabilité de la personne, liberté dans ses diverses manifestations, propriété enfin, qui n'est qu'un corollaire de la liberté individuelle. De là, la Déclaration des Droits ; elle est la Charte de l'idée moderne du Droit. » (113).

La thèse du droit-pouvoir a été reprise et rétablie sur des bases nouvelles dans quelques grandes doctrines contemporaines, à la suite de la réhabilitation de la notion de droit naturel, poursuivie par une partie de la pensée juridique de notre temps. Nous nous résumons ici à rappeler la doctrine du doyen Hauriou, dont la doctrine est établie sur deux éléments fondamentaux : d'un côté, la « conscience subjective » individuelle, fait qui s'analyse en libertés et pouvoirs, et de l'autre côté, l'élément objectif, social de l'ordre (114). Donc une conception différente du droit-pouvoir, subordonné nettement à des considérations d'utilité sociale.

Dans notre matière même, la question a été posée, le dernier temps, d'une façon directe. M. le professeur G. Ripert,

(113) *Le Droit individuel et l'Etat*, 1891, p. 146 ; — *Cours de Dr. civ.*, Introduction, pp. 18-19.

(114) Sur l'individualisme de Hauriou, voy. E. CAYRET, th. préc., pp. 236 et ss.

Sur le Droit conçu comme un pouvoir, voy. H. CAPITANT, introduction à *l'Etude du Droit civil*, 4^e éd., 1923, n^o 2 ; — MICHOD, *la Théorie de la person. morale*, 2^e éd., par L. TROTABAS, 1924, t. I, pp. 7. 77 ; — DAVY, *Eléments de sociologie*, t. I, p. 86 ; — JELLINEK, *System der subjectiven Offentlichen Recht*, p. 42 (cité par CAYRET, th. préc., p. 181) ; — O. IONESCU, *Duguit et le droit subjectif*, Archives phil. du dr. et soc. jur., 1932, cah. 1-2, pp. 272 et s.

Adde : l'interprétation des idées du doyen DUGUIT dans le sens individualiste par CAYRET : « L'individualisme réaliste de Duguit », dans la thèse précitée, pp. 175 et s.

réactionnant contre l'assimilation, du point de vue de la répression de l'abus, des droits positifs définis et des facultés génériques qui constituent la liberté, écrit : « C'est méconnaître la valeur économique des droits positifs. Ils sont acquis moyennant un sacrifice ou un travail, ou transmis par quelqu'un qui a fait ce sacrifice. Ils constituent une prérogative définie et donnent puissance à un homme sur un autre homme, ou sur les autres hommes » (115), mais tout en faisant des réserves sur la possibilité de leur limitation légale ou même judiciaire. Les passages les plus caractéristiques sont à chercher dans l'importante étude que nous avons déjà mise à contribution : « Que signifierait le droit individuel, s'il n'était libéré d'action et exonération de la responsabilité ? Le droit est l'intérêt juridiquement protégé ; celui qui l'exerce, a droit à la protection légale de son intérêt. Ce droit est un pouvoir égoïste ; celui qui exerce le pouvoir a le droit au respect de ses actes... supériorité acquise... (par cause d'un) travail antérieur ou le sacrifice de quelque autre bien... encore que d'autres souffrent. S'il n'y ajoutait rien à la liberté, il ne vaudrait rien... la reconnaissance officielle du droit individuel est l'attribution à un homme d'un pouvoir sur les autres hommes, la consécration de l'inégalité, la concession de l'irresponsabilité. Si le droit naît du contrat, le débiteur a accepté d'avance cette soumission ; si le droit est conféré par la loi, c'est le législateur qui en impose le respect. Il n'y a pas de droit sans obligation, obligation d'un seul ou obligation passive universelle. Celui qui est obligé doit supporter sans se plaindre les actes qui rendent dans l'exercice du droit de celui dont l'acte lui nuit. » (116). Et M. Ripert, après avoir

(115) *La Règle morale*, préc., n° 92, p. 157.

(116) Abus, ou relativité des droits, *Rev. crit.*, 1929, n° 21.

posé comme cause première de ce pouvoir individuel, « la grande loi naturelle de l'inégalité », mais en la considérant cependant toujours sous la dominance de la règle morale qui peut lui être imposée par le législateur et le juge, — en conclut : « L' *absolutisme* (116 bis) du droit individuel ne peut être condamné en soi, car il n'est que la traduction juridique des désirs de l'âme de conquérir la puissance et la liberté, et ce désir est légitime. La jouissance d'acquérir est d'ordre spirituel et non d'ordre matériel... » (117).

C'est une philosophie complète qu'on pourrait évoquer dans ces citations ; leur actualité est une justification de l'existence du présent paragraphe dans l'étude que nous poursuivons. Devant cette philosophie, se dresse une autre, différente, que nous tâcherons de silhouetter dans le paragraphe suivant. —

§ II

Conception sociale du droit et abus des droits

Les idéologies anti-individualistes modernes et les grandes expériences politiques autoritaires contemporaines ont leurs reflets dans le domaine lointain du droit privé. Celui-ci est un point d'arrivée assez isolé par la technicité de ses principes et les remous de l'extérieur ne réussissent que lentement à le troubler. Les idées et les passions du dehors doivent pour y trouver ouvertement l'accès prendre la figure solennelle

(116 bis). C'est nous qui soulignons.

(117) *Ibidem*, n° 24.

des constructions abstraites, ou bien se résigner à emprunter en la modifiant discrètement la physionomie de quelque principe ayant déjà droit de cité.

Depuis quelque temps les sollicitations des idéologies politiques, les recherches des publicistes, le besoin d'expliquer théoriquement des pratiques judiciaires nouvelles, ont provoqué des systèmes nouveaux et ont mis au cible d'une critique passionnée, quelques vérités primordiales que les civilistes d'hier considéraient comme intangibles.

Cette critique est le résultat de l'évolution de la pensée philosophique et juridique et des transformations du milieu social depuis 1804. D'un côté la pensée juridique est entraînée nécessairement dans les grands courants philosophiques — de l'autre elle doit répondre aux exigences sociales qui se découvrent sans cesse et aux aspirations des philosophies sociales qui les interprètent. D'une part, la négation du spiritualisme et de la pensée métaphysique entreprise par le positivisme du XIX^e siècle jettera le doute sur les éléments fonciers du droit individualiste classique et arrivera à la construction de systèmes généraux de Droit contenant un renversement des valeurs traditionnelles — de l'autre part, le milieu social subissant des grandes transformations dans les conditions économiques, par l'avènement des grandes entreprises et la concentration des capitaux qui font naître la « question sociale » et qui réclament sur des points très divers l'intervention de l'Etat, — est sollicité par des doctrines politiques opposées et transformé par un vaste mouvement associationniste ; ainsi est modifiée profondément la figure morale et la structure de la société voulue par la Révolution. Idées et faits donnent l'assaut aux certitudes et à la quiétude des juristes du XIX^e siècle.

La réaction contre les conceptions juridiques classiques a

été à double détente : d'abord, les doctrines anti-individualistes attaquent leurs prémisses philosophiques, ensuite vient la critique de la conception exégétique du Droit accomplie par l'Ecole « scientifique » du doyen Gény. Et à mi-chemin entre l'idée et l'action, ce qu'on appelle le « socialisme juridique » tâche aussi de faire reculer l'individualisme par l'adaptation des règles et institutions existantes à des fins sociales.

Nous ferons, dans le présent paragraphe, au point de vue des conclusions qui pourront nous être utiles, quelques considérations sur les tendances anti-individualistes générales et sur la critique radicale de la notion classique du droit individuel.

Au fait, des discussions sur la pensée individualiste de souche révolutionnaire s'élèvent tout de suite après son triomphe. Il suffit de rappeler que l'« Ecole théocratique » fait entendre un *credo* d'humilité de l'individu devant l'immensité sociale, bien étonnant en plein commencement du XIX^e siècle (118). L'économisme socialisant de Fourier, Saint-Simon et Proudhon suit, — qui oppose l'Etat à l'idée d'une société s'organisant spontanément suivant un schéma intime de production et de travail (119).

Le foyer central de la réaction est constitué par le positivisme d'Auguste Comte. La loi des trois états et la critique de la facture métaphysique de l'individualisme classique se con-

(118) Sur cette école de DE MAISTRE et DE BODALD, voy. M.M. J. BONNECASE, *Pensée juridique fr.*, t. I, n° 224; — E. CAYRET, *Procès de l'individualisme juridique*, pp. 103-104.

(119) BONNECASE, *op. cit.*, *loc. cit.*; voy. aussi n° 224, sur l'importance de Proudhon et sur ses doubles relations avec le droit social par son syndicalisme, et avec l'individualisme (renvoi, pour ces deux vues, à G. Gurvitch et à Cayret).

tinuera dans l'œuvre de Duguit et sera reprise sur plus d'un point dans les controverses contemporaines (120).

Pour pouvoir rendre compte du concept du Droit social, à la suite de la philosophie positiviste et de ses répercussions sur les conceptions juridiques, on devrait suivre deux lignes de force : le sociologisme, philosophique et juridique, qui se maintient plutôt dans la spéculation — et les divers socialismes qui militent dans l'ordre pratique. Aussi, ce concept du droit social est-il malaisé à définir dans toutes ces manifestations (121) qui reprennent, chacune, les aspirations originaires pour les exprimer dans des systèmes différents et arriver à des conclusions irréductibles (122). Ce dont nous pouvons nous contenter au

(120) Voy. BONNECASE, *loc. cit.*, n^{os} 241, 257; — CAYRET, *loc. cit.*, pp. 125-126.

(121) Pour une vue d'ensemble du sociologisme juridique, depuis COMTE et DURKHEIM jusqu'à DUGUIT et M. JEZE — et des systèmes socialistes et socialisants (catholicisme social avec ses variétés: démocrates chrétiens, thomisme juridique, doctrine sociale catholique, socialistes chrétiens, etc.; — socialisme d'état, syndicalisme, corporatisme, solidarisme, etc.), nous ne pouvons mieux faire que renvoyer au livre, déjà largement mis à contribution, de M. J. BONNECASE, *Pensée jur. fr.*, t. I, n^{os} 254 et s., 333; — adde GIDE et RIST, *Hist. des doctrines éc.* (pour les socialismes); — GIDE, *Cours d'Ec. pol.*, 3^e éd., 1913; — CAYRET, *op. cit.*, pp. 109 et s., 118, 125-126, 175, 237.

(122) L'effort vers une définition philosophique a été accompli le dernier temps par M. G. GURVITCH, *L'idée du Droit social*, 1932. — Adde: MM. LE FUR, *Droit individuel, droit social*, Archives de phil. du Droit et de Sociol. ju., 1931, p. 279 et s.; — G. RADBROUCH, *Du Droit indiv. au droit social*, *ibid.*, pp. 387 et s.

Cpr. M. J. BONNECASE, *Pensée jur. fr.*, t. I, n^o 367, pp. 187 et s., qui soutient que le « Droit social » est un « mot », sa portée étant variable et empruntée aux organes politiques et économiques dont il est l'expression.

Adde: GIDE et RIST, *Hist. des doctrines éc.*, *passim*; — REBOUD, *Précis. d'écon. pol.*, 1927, t. I.

point de vue des visées de cette étude, c'est la constatation que le contenu de ce « Droit social » a trait à une « modification structurale » de la pensée juridique, à une « nouvelle conception de l'homme », de l'homme « concret et socialisé » et non plus de l'individu isolé et dissocié tel qu'il est prôné par la doctrine classique (123).

Les nouvelles tendances peuvent être d'abord groupées autour d'un mot programme, qui a eu une remarquable fortune: le *solidarisme*, l'*interdépendance sociale*. Le vocable est susceptible de sens et contenus variés ; économique, comme chez Ch. Gide, ou juridique, comme chez Duguit ou Bourgeois, par exemple. Tant qu'il soit peu déterminé son sens, il a un noyau solide dans cette proposition première que la société est une réalité qui a ses lois et ses besoins propres d'organisation et de continuité ; à ce titre étant opposable, avec ses exigences de moralité et ses complexes de finalité, dominés par l'idée du juste, à la réalité individuelle, seule admise par la doctrine de la Révolution.

La même substance ou, du moins, les mêmes résultats se retrouvent, en suivant une méthode très différente, dans les conclusions de la nouvelle Ecole du droit naturel objectivé, représentée notamment par le doyen Hauriou, MM. Gény, Renard et Le Fur (124).

(123) G. RADBROUCH., *op. cit.*, *loc. cit.*

(124) On peut citer ici deux doctrines caractéristiques: la doctrine du doyen Duguit et celle du doyen Hauriou. La première, qui est sur la ligne d'affluence des sociologismes antérieurs, est typique pour les tendances solidaristes (sur les relations de pensée de Duguit avec la philosophie de Comte et sur la fusion du courant anti-individualiste et du courant positiviste dans l'œuvre de Duguit, voy. J. BONNECASE, *Pensée jur. fr.*, t. I, n^{on} 248-215; — *ibid.* pour l'inspiration durkheimienne du déterminisme social et de la solidarité sociale par la division du travail,

La source du Droit est ainsi déplacée du camp individuel pour être cherchée aussi dans le camp social et son but dernier devient l'ordre social. Les divergences sur les normes de justice et sur les moyens suivant lesquels cet ordre social doit être réalisé restent très vives — mais le jugement sur le point de départ est bien porté : le complexe social dominé par l'idée de justice est l'objet *immédiat* du Droit et les solutions tendant à un maximum de socialité et de moralité sociale sont la tâche de ceux qui doivent le dire ou l'interpréter. Point de vue radicalement opposé à celui des individualistes classiques.

*
**

Il est hors de la question d'insister ici d'une façon quelque peu systématique sur ces assertions très générales quant au fon-

et pour les références). — La deuxième, reprenant l'idée du Droit naturel, dans un mouvement de synthèse s'appuie aussi sur l'élément individu que sur l'élément société, et apporte un puissant témoignage aux tendances sociales. Les deux doctrines se refusent de concevoir la source du Droit exclusivement dans l'individu et concluent, en général, à l'existence d'un Droit supérieur aux volontés individuelles : règle objective impérative tirant sa force du fait de l'indépendance sociale et ayant pour but unique le maintien et le renforcement de la solidarité sociale, chez Duguit (spéc. dans l'Etat, le droit objectif et la loi positive, 1901. — Sur l'évolution de la pensée de Duguit du déterminisme à l'interdépendance sociales — et pour les références, voy. BONNECASE, *loc. cit.*, n^{os} 255-256; — adde WALINE, les idées maîtresses de deux grands publicistes français, Léon Duguit et M. Haurion, *l'Année politique*, 1929-1930); — Idées objectives de moralité et de justice qui sont les nouvelles assises de l'ordre social, vu comme un réseau d'institutions s'organisant spontanément suivant une force intime de coagulation sociale, et où l'individu a sa part dans la création du Droit, — chez Hauriou (spéc. dans le *Précis de Dr. constit.*, éd. 1923 et 1929; Théorie de l'Institution, dans les *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925; adde le groupe de dissertations publié, *ibid.*, 1933).

dement de la société et du Droit, soutenues par diverses doctrines solidaristes et par l'Ecole renouvée du droit naturel — et qui se situent par leur importance, dans la matière de la philosophie juridique et du droit public pour fonder une nouvelle théorie générale du Droit. Mais la tendance qui porte, dans sa généralité, le nom d' « abus des droits » se rattache essentiellement, par son esprit et par ses visées, à ces conceptions et à leurs aspirations vers une Justice plus compréhensive. Sa raison d'être et ses éléments de construction s'y trouvent *impliqués*. Parfois même dégagés dans les controverses qui se déroulent autour des idées qui les animent. Ainsi on doit retenir la critique adressée au concept individualiste du droit subjectif. Cette dernière position, qui est en rapport de cause à effet avec la conception générale d'un Droit social, ou socialisé, a un lien immédiat, intime avec le problème de l'abus.

Nous y ferons une courte incursion, en rapportant ici quelques aspects de cette discussion qui doit rentrer dans une vue générale de la question qui nous préoccupe.

L'attaque contre le concept de droit subjectif a été commencée par une négation totale opposée par Comte ; le doyen Duguit la reprend avec presque les mêmes arguments et M. Josserand s'engage sur la même voie pour soutenir la thèse de l'abus des droits. Nous croyons que la critique de la conception classique des droits individuels est le point de vue général qui puisse expliquer le sens de la tendance à réprimer les « abus », dans l'exercice des droits, — et, réciproquement, que le besoin de cette répression est une vérification de la valeur et de l'opportunité réelle de cette critique dirigée contre un concept qui n'est plus adéquat, dans son acception classique, à la manière juridique qu'il doit régenter.

Le doyen Duguit édifie un système positiviste et « réaliste » de Droit, qu'il déclare inféré de l'observation des faits et besoins sociaux : « Je fais de la science et exclusivement de la science, fondée sur l'observation impartiale des faits... le réalisme n'est ni une école ni une doctrine ; il est une méthode, la seule méthode féconde, la seule méthode scientifique dans quelque ordre de connaissances que ce soit. Il faut observer les faits, les analyser et en faire la synthèse... » (125). Les éléments de cette méthode sont puisés dans les critiques adressées à la pensée métaphysique par Comte, à sa loi des trois états, et dans les préoccupations de « physique sociale » du philosophe, amorcées antérieurement par Saint-Simon.

De ce point de vue, Duguit déclare la notion du droit « naturel » de l'individu comme une proposition d'ordre métaphysique indémontrable et fondée sur l'affirmation gratuite d'un état de nature proprement hypothétique (126). La croyance au droit « naturel » de l'individu, inhérent à la nature humaine, il la rattache à une « mentalité métaphysique » des législateurs et des juristes. La nature du droit subjectif serait un développement, une hypostase de la notion d'âme, une « substantialisation » métaphysique explicative de l'activité socialement protégée (127).

La théorie de l'abus des droits lui sert, entre autres, comme illustration des impossibilités et des contradictions provoquées par cette doctrine : l'abus des droits est une notion contradictoire en soi, ce qui prouverait la fausseté du principe traditionnel. En effet, conformément à la doctrine classique, tout acte

(125) *Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^e éd., 1920, p. 2.

(126) *Traité de Droit constitutionnel*, 1927, t. I, p. 209.

(127) *Ibidem*, pp. 173 et s.

licite par son objet rentre dans l'exercice d'un droit subjectif, et aucune réparation n'est due pour le préjugé causé, parce que « *neminem laedit qui suo jure utitur* ». Mais la pratique a imposé aussi la condition d'un but licite pour admettre cette irresponsabilité. Donc on est conduit, par la conception du droit subjectif, à admettre qu'il y a des actes qui restent l'exercice d'un droit quand, ayant un objet licite, sont déterminés par un but illicite et qualifier la situation d'abus — ce qui est contradictoire. Le concept du droit objectif lui paraît donner l'explication adéquate et rendre inutile la théorie de l'abus ; agir conformément au Droit, ce n'est pas exercer un droit subjectif, mais faire un acte dont l'objet n'est pas contraire au droit et dont le but est conforme ; le défaut de cette dernière exigence étant toujours la violation du Droit (128).

La nature de ce droit objectif est, comme nous l'avons noté plus haut, essentiellement sociale. Son fondement est le fait de l'interdépendance sociale, de la solidarité née de la division du travail social : la condition d'existence de la société étant le remplissement des fonctions de chacun, la règle de droit a pour objet d'assigner ces fonctions et de les faire respecter. La conséquence, de principe, est que la notion de droit subjectif ne peut pas exister dans un système « réaliste » de penser l'homme social. Il ne peut y avoir dans l'organisation d'une société, que des devoirs : devoirs des individus de remplir leurs fonctions, devoirs des gouvernants de leur assurer les possibilités de le faire : « L'homme n'a pas de droit ; la collectivité n'en a pas davantage. Mais tout individu a dans la société une certaine besogne à exécuter. » (129). C'est exactement la formule de Comte :

(128) *Ibidem*.

(129) *Transf. gén. dr. privé*, pp. 19 et s., pp. 9-10, 25-26.

« L'homme n'a pas de droits, il n'a que des devoirs. » (130)
La notion de fonction sociale ayant à sa base l'idée du devoir, est substituée à la notion de droit, — toute action socialement protégée doit correspondre à un but social à atteindre, parce que « aujourd'hui nous avons la conscience très nette que l'individu n'est pas une fin, mais un moyen, que l'individu n'est qu'un rouage de la vaste machine qu'est le corps social, que chacun de nous n'a de raison d'être dans le monde que par la besogne qu'il accomplit dans l'œuvre sociale. » (131).

Voilà donc la notion de l'abus encastree dans la discussion sur le fondement du Droit, particulièrement dans la critique de la notion de droit subjectif — et centrée autout de la notion de but social. Tout en faisant des réserves sur les conclusions de Duguit (132), nous croyons qu'elle est en la bonne place.

La même idée générale est posée à la base de la théorie de l'abus, soutenue et systématisée par le doyen Josserand. C'est la même inspiration — et si les solutions sont différentes (nous avons vu que le doyen de Bordeaux rejetait la notion de l'abus),

(130) *Système de politique positive*, éd. 1892, t. I, p. 156.

(131) *Transf. gén. dr. privé*, p. 157. — Application au droit de propriété, dans le *Droit social, le droit individuel*, etc., préc., pp. 148-150.

(132) L'œuvre énorme de Duguit a provoqué des critiques et appréciations très variées; entre autres: HAURIOU, *Les idées de M. Duguit*, *Rév. de législ. de Toulouse*, 1911; — WALINE, *op. cit.*; — CHARMONT, *la Renaissance du Droit natutel*, 1910; — BONNECASE, *Pensée jur. fr.*, t. II, n° 400; *Science du Droit et Romantisme*, n°s 172 et s.; *Philosophie de l'Impérialisme et Science du Droit*, n°s 86 et s.; — R. BONNARD: *Léon Duguit, ses œuvres, sa doctrine*, *Rév. dr. public*, 1929; — GURVITCH, *L'idée du droit social*, p. 595 et s.; — PIROU: *Léon Duguit et l'économie politique*, *Rev. d'éc. pol.*, 1933; G. RICHARD, *La sociologie juridique et la défense du droit subjectif*, *Rev. phil.*, 1908, pp. 234 et s.; *Rev. phil.*, 1912, p. 226.

c'est que M. Josserand a tenté l'effort très caractéristique de concilier les tendances sociales avec la définition classique du droit individuel. Nous avons constaté ailleurs que son système peut être qualifié comme transactionnel et jugé seulement suivant sa valeur d'usage. Mais ses prémisses, déclarées d'une manière indirecte à l'occasion de la caractérisation de l'abus, sont autrement audacieuses ; voilà une déclaration d'allure principielle sur le contenu qu'il faut attribuer aux droits individuels : « ... (la conception) individualiste procédant d'idées philosophiques, infiniment respectables et généreuses, mais conception toute artificielle, reposant sur une fiction inadmissible : l'isolement de l'homme dans la société. Dans la réalité, ce n'est pas en tant qu'individu que l'homme intéresse le législateur, les pouvoirs publics et le juriste, mais bien en tant qu'unité sociale ; ce n'est pas dans les espaces interplanétaires qu'il fait valoir et qu'il réalise ses droits, mais dans un milieu social dont il constitue l'une des innombrables cellules, la plus fragile et la plus infime ; rouage subalterne enchâssé dans un mécanisme complexe et formidable, il doit se comporter en fonction du milieu, auquel il ressortit ; à chaque fois qu'il exerce un droit, fût-ce en apparence le plus égoïste, c'est encore une prérogative sociale qu'il réalise, et c'est donc dans une direction sociale qu'il doit l'utiliser, conformément à l'esprit de l'institution, *civiliter* (133). Nous faisons encore une citation bien nette : « En réalité, et dans une société organisée, les prétendus droits subjectifs sont des droits-fonctions ; ils doivent demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent, sinon leur titulaire commet un détournement, un abus de droit ; l'acte abusif est l'acte

(133) De l'esprit des droits ou de leur relativité, *Théorie dite de l'abus des droits*, 1927, n^{os} 5 et 7.

contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité » (134).

La filiation sociale de la théorie de l'abus est ici mise à découvert ; cette théorie aurait donc le rôle de ramener au niveau des principes les préoccupations sociales que la jurisprudence, — par son contact avec les réalités sociales, — entretient d'une façon plutôt latente au-dessous des conceptions classiques reçues. Le principe de la relativité des droits, appliqué nécessairement dans toute répression d'un exercice abusif du droit, n'est que la conséquence de l'idée que les droits individuels ont une structure essentiellement sociale ; le résultat implique l'idée, la conséquence postule tout un système de penser. M. Jossierand a évoqué cette structure sociale des droits par un mot heureux : l' « esprit des droits ».

Cet « esprit » des droits il l'analyse dans une classification générale des droits, afin de mettre en relief le lien de connexité entre le point de vue social du droit individuel, la relativité des droits, et l'abus des droits : « C'est parce que nos droits sont doués d'un certain esprit, d'une certaine finalité, qu'ils sont relatifs et que leur usage peut devenir abusif... autant de manifestations d'une même vérité, le caractère social des prérogatives juridiques. » (135).

(134) *Loc. cit.*, n° 292, p. 369; *ibidem.* : « toute prérogative, tout pouvoir juridique sont sociaux dans leur origine, dans leur essence et jusque dans la mission qu'ils sont destinés à remplir » ; — *ibid.*, p. 370 : « ...en réalité, dans une société organisée, les prétendus droits subjectifs sont des droits-fonctions » ; — *cpt.* la note sous *civ. Toulouse*, 13 avril 1905, D. P. 1906, 2, 105 ; — *adde.* E. GOUNOT, *Aut. de la volonté*, préc., p. 458 : « les pouvoirs juridiques propres que par là même nous reconnaissons aux volontés individuelles, n'en demeurent pas moins des missions, des fonctions. Ce sont des compétences plutôt que des libertés... »

(135) *De l'esprit des droits, etc.*, n° 305, p. 388.

L'essai de classification des droits part donc du principe que les droits sont « causés » socialement, — rapprochement très suggestif avec la notion de cause qui, dans le sens social que lui donne la jurisprudence, a déjà droit de cité. Après une concession, qui laisse place aussi à une catégorie de droits absolus, « non causés » (136), on distingue entre les droits à « esprit égoïste » et les droits à « esprit altruiste » (137), — distinc-

(136) M. JOSSERAND les définit comme des « prérogatives souveraines » pouvant être exercées pour des fins quelconques, le contrôle judiciaire des motifs du titulaire n'étant pas à faire. Le défaut de contrôle subjectif justifie leur réglementation étroite; exemples: le droit des ascendants de faire opposition au mariage, le droit de la femme de décliner la tutelle, la faculté du propriétaire foncier de couper les branches et racines des arbres du voisin, sur son fonds; la faculté d'acquérir la mitoyenneté, le droit de demander le partage; la liberté de se refuser, en principe, à la conclusion d'un contrat, etc. (*De l'esprit des Droits*, etc., n° 306, pp. 389-390; *Cours*, t. II, n° 435); — Sur la discussion de cette catégorie des droits absolus, non susceptibles d'abus, voy. MM. R. DEMOGUE, *Oblig.*, t. IV, n° 688 et note 1; — G. RIPERT, l'Exercice des droits et la responsabilité civile, *Rev. crit.*, 1906, p. 361 (des droits qui portent en eux-mêmes leur utilité); — *la Règle morale*, etc., nos 99-100. (Il s'y agit des « motifs qui sont tellement personnels qu'aucune appréciation n'est possible »); — PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, *Traité* t. VI, n° 577; — MAZEAUD, *Resp.*, t. I, p. 436, note 1; — J. BONNECASE, *Suppl. au Traité de Baudry-Lacant.*, t. III, p. 469 et s.; — J. DABIN, *Belgique jud.*, 1921, n° 23, col. 325-326; — SULTAN, thèse préc., p. 153; — adde, sur la tendance de cette catégorie de droits à s'accroître, à mesure que la réglementation se précise et se développe: JOSSERAND, op. cit., loc. cit., p. 390; — G. RIPERT, Abus ou relativité des droits, *Rev. crit.*, 1929, nos 13-14.

(137) *Ibidem*, nos 309 à 312.

— Le sens profond de cette classification trouve un écho dans les déclarations de portée tout à fait générale, faites à l'occasion des contestations qu'elle a provoquées: notamment, M. G. RIPERT refuse le postulat que le droit est créé dans un certain esprit; tous les droits exercés par l'homme sont de caractère égoïste, « car l'homme défend dans la

tion qui concerne leur « aménagement », leur réalisation législative ou judiciaire — mais pour les unifier aussitôt sous le rapport de leur fondement : l'ultime raison des droits desservant les intérêts strictement personnels du titulaire est toujours la satisfaction des intérêts sociaux, l'étiquette personnelle étant une sorte de trompe-œil quand l'égoïsme individuel peut servir les buts essentiels de la société tout en poursuivant les siens. L'abus sera constitué dans cette dernière catégorie par la désertion des fins égoïstes assignés légalement ou judiciairement : le « défaut d'intérêt » est condamnable ; inversement, dans la catégorie des droits altruistes, puissances privées ou pouvoirs d'ordre public, l'abus sera constitué par la satisfaction d'un intérêt égoïste sous leur couvert ; le concept du droit-fonction s'applique tel quel. Cette classification des droits équivaut à une critique de la conception classique des droits individuels — reportée dans le plan des réalisations législatives ou judiciaires.

société ses intérêts personnels », parce que « si les droits sont créés par la toute-puissance du législateur, ils doivent être tous d'esprit altruiste, car on ne comprendrait pas une satisfaction donnée à l'égoïsme ». La preuve, c'est justement l'existence de la catégorie des droits non-causés, amoraux, qui démontre, par son importance grandissante, que « le législateur se borne à limiter l'activité humaine sans essayer de la rendre désintéressée ». Des droits à « esprit altruiste », veut dire que dans certains cas le législateur n'a pas voulu confier au titulaire un pouvoir de direction absolu (*Rev. crit.*, 1929, art. préc., n^{os} 13-14) ; — rapp. : M. H. CAPITANT, Sur l'abus des droits, *Rev. trim.*, 1928, p. 372-374, qui a les mêmes sentiments ; après avoir confié le terme de « droit subjectif » dans la qualification des rapports patrimoniaux ; — à l'exclusion des « pouvoirs » qui se rattachent à l'autorité paternelle, maritale, tutélaire et des « libertés » (aller et venir, de concurrence, de la presse, de grève, de lock-out), il conclut : « par leur nature même, les droits sont tous à caractère égoïste, en ce sens qu'ils ont toujours pour objet la défense d'un intérêt de l'ayant-droit », — ce qui se ramène à une substitution de termes ne contrariant pas, au fond, la pensée de M. Josserand.

Les développements que nous avons faits ont visé à souligner les relations immédiates entre le point de vue social du Droit et la question de l'abus des droits. Réellement la répression judiciaire de l'exercice illicite des droits ne peut trouver une explication systématique que dans ce cadre d'idées. Toute cette jurisprudence ne peut être placée que dans le cadre de la critique du concept classique du droit individuel absolu en tant que pouvoir personnel et limitant la règle générale de droit ; elle est une illustration, en quelque sorte aveugle, de la réalité des besoins de moralité et d'agencement social des droits qui ont provoqué cette critique. Equilibre des intérêts concurrents des voisins, limitations de la propriété têtue quand elle servait à des agressivités inutiles, rappel du sens de la Justice au plaideur malveillant ou chicanier, l'autorité paternelle ou maritale rendue attentive à ses égoïsmes inconsidérés, l'équilibre entre l'autorité patronale et le droit syndical, les contractants obligés à conformer leur conduite selon une pensée de coopération et de respect mutuel de leurs intérêts, soucis d'humanité et de diligence sollicités à ceux qui exercent un droit, — voilà quelques faits qui ne sont explicables dans le système individualiste classique que partiellement et obscurément, grâce à la notion complémentaire du dol. Leur explication naturelle et *théoriquement* complète ne peut être faite que dans le cadre d'une notion de droit individuel assouplie aux besoins actuels de la coexistence sociale par la discrimination des buts poursuivis dans son exercice. Et l'appréciation et le triage des buts, — au moins pour refouler ceux qui sont socialement inadmissibles, sinon pour assigner aux activités individuelles des buts qui sont socialement préférables, — ne pourra faire figure de principe que dans les déductions d'une doctrine qui regarde aussi du côté du fait irréductible de la société.

Section III

CONCLUSIONS CRITIQUES

Les préoccupations de la jurisprudence de l'abus témoignent d'un sentiment général du Droit plus nuancé et d'un esprit rénové de compréhension des droits individuels. En concordance avec le mouvement d'idées qui voit d'une manière plus organique, que l'individualisme révolutionnaire, les rapports entre individu et société. L'explication systématique de la jurisprudence de l'abus, disions-nous, paraît forcer à l'adhésion explicite aux points de départ des conceptions sociales du Droit. Dans les développements antérieurs, nous avons essayé de « rendre » cette impression; les auteurs classiques, ou ceux qui se rattachent à l'esprit de l'individualisme classique par leurs sentiments, rejettent l'abus ou lui reconnaissent, — en tant que situation nouvelle par rapport à la notion classique de la faute, — une légitimité restreinte au domaine de l'intention de nuire; au contraire, les écrivains qui se déclarent anti-individualistes ou sympathisants avec les tendances sociales soulignent l'importance de cette théorie et lui laissent une large place. Si on accepte la variante individualiste, la répression des cas d'abus, limitativement acceptée, fera figure de simple équité; si on tâche de la voir par le côté social, cette même répression est apte à recevoir une explication théorique qui remonte jusqu'à la modification du contenu de la notion de droit individuel, hypothèse qui contient en suspension des conséquences trop neuves et des risques pour les esprits trop déductifs. Aussi cette différence trop marquée entre les attitudes possibles rend difficile le parti à prendre et fait déclarer, par-

fois, la construction théorique de l'abus de prématurée à l'heure actuelle.

Mais ce qui est à remarquer, c'est que n'importe quelle solution concrète de l'abus contient *implicitement* cette option : « on y est embarqué ». Certainement, on a le loisir d'attendre pour faire une déclaration de foi nette, en faisant la part de la casuistique judiciaire et en jugeant seulement l'opportunité de l'intervention du juge sur telle ou telle série de cas. Cependant, à la longue, le besoin d'unification se fait sentir, soit dans l'admission, soit dans la réaction ; nous en avons noté les manifestations dans les écrits de quelques maîtres très éminents.

La distance entre les éléments nécessaires pour la solution d'une espèce concrète d'abus et l'envergure théorique de l'explication d'ensemble de la jurisprudence pourrait à la rigueur paraître trop dialectique. Mais la présence de la doctrine classique des droits individuels, invoquée continuellement dans la matière, et l'aptitude d'expansion presque universelle du champ d'application de la notion de l'abus, créent la nécessité rationnelle d'un point de vue très élevé, d'où l'abus est vu comme une tendance et non comme une simple hypothèse de responsabilité.

Nous sommes bien intimidés devant cette perspective ; le choix comporte une large responsabilité intellectuelle et demanderait encore une expérience considérable des idées et des faits pour mesurer la portée d'une déclaration placée tellement haut. La solution est la résultante d'un complexe d'éléments, philosophiques autant que politiques, moraux autant que juridiques ; le tout dominé par le sentiment de la Justice qui, — à côté des essais infructueux de définition de l'idée du juste, — introduit un critère personnel s'encadrant dans les aspirations de chaque époque et, même, de chaque génération. La marge de

certitude, toute relative, pour former une décision ici ne pourrait être établie que par l'adhésion à un système de penser le monde social dans son unité organique, gage d'un équilibre entre la foi et l'ordre inflexible des choses, démarche méthodique qui dépasserait nos forces et l'envergure de ce travail. Aussi, nous nous contenterons de river nos développements à la constatation que les solutions de la jurisprudence de l'abus sont conformes à un sentiment de la Justice qui nous paraît assez généralisé dans le dernier temps, et qui est le nôtre : nous visons la valeur morale, normative, de la *solidarité*, de l'*interdépendance sociale*.

*
**

II

La conception individualiste issue de la Révolution et entretenue par le XIX^e siècle juridique, a fait l'objet de critiques très variées. Législation, jurisprudence, maîtres éminents de la doctrine, montrent depuis quelques décades un détachement de plus en plus marqué envers ses idées. Il nous serait impossible de rapporter ici une revue de ces critiques et des résultats de fait contraires à cette doctrine, — d'ailleurs trop connus et discutés, — pour nous servir de pièce à conviction.

Ce que nous devons remarquer, c'est que la pure doctrine classique, — à laquelle on doit l'inspiration du *veto* opposé aux préoccupations de moralité et de conciliation des intérêts suggérées par la thèse de l'abus, — a sa source dans une mentalité politique dont l'intransigeance n'a plus qu'un sens historique. Le droit privé vu comme un assemblage de « libertés » qui s'imposent au législateur et au juge, trouve son explication foncière dans la mentalité politique des hommes de la Révo-

lution; elle se définit dans la lutte contre l'absolutisme royal. L'histoire des idées individualistes du XVIII^e siècle montre cet effort d'opposer les droits de l'individualité à l'Etat; l'idéal politique est étayé sur une philosophie sociale et juridique qui permet de déduire les fonctions de l'Etat des droits de la personne, sur la base de quelques postulats, dont le principal était la liberté « naturelle » de l'homme. La grandeur de la tâche et les passions qu'on a mis à son service ont conduit à une sorte d'exaspération; on ne voulut plus rien de ce qui pouvait rappeler l'ancien régime et ses servitudes.

Les théoriciens de la doctrine, rassurés par l'existence d'un ordre providentiel garanti par la pensée économique libérale, se sont donnés à cœur joie de développer dans le droit privé, de façon presque mécanique, les conséquences des principes sortis de l'emprise totale du politique. Quelques exemples entre beaucoup d'autres, notamment la définition de la propriété comme un droit absolu; les résiliations unilatérales dans les contrats à longue durée, le droit des obligations ramené autant que possible autour du contrat, le contrat fondé complètement sur l'autonomie de la volonté, — illustrent bien cette liberté heureuse et la limitation du juge, en souvenir de l'équité des Parlements, à n'être qu'un spectateur passif du procès.

Mais cette croyance optimiste dans la possibilité de construction rationnelle d'une société composée d'individus « libres », cette belle assurance que la Justice se réalise d'elle-même par le jeu libre des forces sociales, à condition de réaliser l'égalité purement juridique des concurrents, devait être contredite par les événements économiques et sociaux qui se succèdent depuis le milieu du XIX^e siècle jusqu'à nos jours. Et, en contemplation de ces réalités, la philosophie sociale et juridique de l'individualisme classique, est souvent présentée,

en ce qui concerne ses conséquences trop rigoureuses, comme l'explication d'un moment historique, n'ayant qu'une valeur locale (138).

On doit, sans doute, à un philosophisme trop sollicité et trop poussé, cette conception formelle du Droit qui se désintéresse complètement des fins morales et sociales poursuivies par des actions qui s'entrecroisent dans l'activité de la collectivité, — pour ne s'assigner comme mission que l'arpentage des libertés égales des individus autonomes (139). Coexistence juridique des libertés souveraines appartenant à des individus conçus *in abstracto*, dans une société dissociée (140), toutes les institutions fondées sur le principe de l'inviolabilité de la personne, (141), la Justice même ramenée, autant que possible,

(138) G. MORIN, L'individualisme de la Rev. Française et du C. c. et la structure nouvelle de la vie économique, *Rev. de Métaph. et de Morale*, 1917, pp. 525, 567; — DUGUIT, *Les transformations gén. du Dr. priv.*, p. 17; — E. GOUNOT, thèse préc., p. 367; — G. RICHARD, *La question sociale et le mouvement philosophique au XIX^e siècle*, pp. 171 et s. — Adde: BEUDANT, *Le Droit individuel et l'Etat; Introd. au cours de Dr. civil*, p. 2.

(139) Voy. la critique de l'individualisme de 1789 faite par le doyen HAURIUO: on a ignoré une partie de la réalité — les facteurs objectifs, qui collaborent avec les facteurs subjectifs et individuels à la constitution du milieu social (*Précis de Droit constitutionnel*, éd. 1923, pp. 58 et s.).

(140) MAX. LEROY, Le temps présent et l'idée du Droit social (*Archives de Phil. du Droit et de Sociol. jur.*, 1933, n^{os} 1-2, pp. 215-216): la dissociation individualiste est le grand fait dont on retrouve la trace dans les mœurs, la morale, la législation et la littérature.

Sur la structure logique et abstraite du système du Code, qui réalise la transition entre l'interdépendance économique et l'indépendance juridique par le contrat, voy. G. MORIN, *Op. cit.*, loc. cit., p. 526.

(141) Voy. G. RENARD, *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, 1925. Appendice: *Le Droit et la Morale*, p. 391.

à la liberté (142), cette unité simplificatrice du système juridique ne correspond plus aux besoins et à la sensibilité du législateur et du juge de notre temps. « Nous voyons nettement, quant à la méthode à suivre pour fixer un idéal législatif et judiciaire, qu'il faut abandonner cet « esprit classique » dont la critique n'est plus à faire après Taine, qu'il ne faut plus se contenter de faire à l'expérience un appel dérisoire pour formuler ensuite quelque principe dont on prétend faire le « Sésame, ouvre-toi » du droit tout entier, principe dont les conséquences doivent être fréquemment rejetées, ou dont la forme est si vague, si imprécise qu'il ne projette finalement aucune lumière sur les problèmes à résoudre », dit M. le professeur R. Demogue, dont nous extrayons ces quelques lignes synthétiques (143).

A sa suite, des nombreuses et savantes études critiques de l'individualisme classique et des nouvelles tendances existant en législation et en jurisprudence, il ne s'agit de relever ici ces griefs que *dans la mesure où les arguments centraux invoqués à l'encontre de la thèse de l'abus des droits se rattachent direc-*

(142) La doctrine classique — juristes et économistes — n'accepte pas des règles qui s'inspireraient d'une justice supérieure à la liberté, notamment qui se réclameraient de l'équité pour trancher certaines situations (par exemple: juste prix, juste salaire, règl. du taux de l'intérêt, la lésion) — sauf appel direct de la loi. Dans la matière des conventions, par exemple, la liberté des conventions doit être une règle absolue, sans exception; « qui dit contractuel dit juste ». (Voy. FOUILLÉE, *La Science sociale*, 2^e éd., p. 410); — E. GOUNOT, *l'Aut. de la Volonté*, p. 73, note 4.

(143) La notion du Droit, dans *Notions fond. du Droit privé*, p. 18; — également M. G. DAVY qualifie l'individualisme, dans ses positions excessives, comme la « puberté du Droit » (*La Foi jurée, Etude sociologique du problème du contrat, La Formation du lien contractuel*, 1922, p. 319).

tement au système tiré de l'idéologie révolutionnaire. Quand on nie la légitimité du recours au juge en dehors de l'exercice malveillant du droit, — celui-ci même ne cadrant pas avec la rigueur des principes classiques, — au nom de la sécurité, quand on prône la séparation nette des fins de la morale et du droit et quand on déclare, très généralement et d'une manière philosophique, l'égoïsme comme la substance dernière du droit, il nous paraît qu'il y a là un sentiment excessif et une intransigeance qui ne s'expliquent que par l'esprit du système trop déductif du XIX^e siècle et par l'attachement à un libéralisme un peu trop doctrinaire. Par sa portée très générale, la thèse de l'abus a eu la défaveur de réveiller dans leur première intensité les méfiances et les hésitations que bon nombre d'institutions jurisprudentielles à tendance sociale ont réussi déjà à calmer.

*
**

III

Ce dernier temps, l'accord des esprits se fait de plus en plus large autour de la pensée que l'édification de la société sur le seul fondement des pouvoirs et libertés de l'individu, — avec des éléments purement subjectifs, — a été la préoccupation d'un moment (144). Les nécessités complexes de l'ordre social actuel et le sentiment impérieux d'une Justice active avec

(144) Voy. M. L. LE FUR qui déclare, au sujet de la liberté vue comme fondement du Droit: « il est à peine besoin aujourd'hui de faire justice de cette conception purement formelle du Droit »... car celui-ci n'est pas une forme vide, il comporte un contenu nécessaire. » Cette conception formelle du Droit « mène tout droit à l'anarchie, ou, si l'on préfère, au triomphe de la force, ce qui revient à peu près au même ». (*Le fondement du Droit*, pp. 627-628.)

un caractère distributif dominant (145) qui n'a plus la même confiance illimitée dans la bonté « naturelle » des hommes, dans l'acuité de leur sens moral et dans les vertus universelles de la concurrence, ont dirigé la pensée des philosophes, politiques et juristes vers d'autres systèmes d'explication et de construction de l'ordre social. Le visage de la Justice de la liberté, de la Justice contractuelle, trop souvent abstraite et indifférente, s'estompe dans les contradictions et luttes de nos jours pour laisser place à la constatation que l'interdépendance sociale est un *fait* qui s'est découvert, bon et mauvais à la fois (146) et qu'on doit penser et aménager, croyons-nous, avec la liberté légitime de l'individu. Le dogme de 1789, « la société n'est qu'une universalité d'individus » paraît aujourd'hui franchement faux.

(145) Voy. M. R. DEMOGUE, *Le Solidarisme et la répartition des pertes*, dans *Notions fondamentales du Droit privé*, spéc. p. 169 : « Cette conception du Droit, qui le rend plus compréhensif, en ce sens qu'il considère qu'il n'y a pas seulement l'homme auquel il faut reconnaître des droits, mais des hommes, dans des situations sociales diverses, riches ou pauvres, surtout pauvres. Et alors, le droit n'est plus cette large construction semblable au théâtre classique où ne figuraient que des abstractions générales : l'Avare, le Menteur ; il est plutôt comparable à la comédie humaine de Balzac, qui montre les hommes dans des situations infiniment diverses. Le droit socialisé en tient compte pour donner à chacun ce qui lui convient d'après sa fortune, sa profession ».

(146) Voy. DUGUIT, *Traité constitutionnel*, 1927, t. I, pp. 14 et s. L'apport du *sociologisme* à la pensée juridique, surtout de l'Ec. sociol. française, a été sur ce point d'une importance considérable : la solidarité sociale, étudiée surtout dans les monuments juridiques, a été considérée comme l'explication « scientifique » du fait social ; dans son livre fondamental, *La Division du Travail social*, DURKHEIM distingue la solidarité « mécanique », par ressemblance et conformisme, et la solidarité « organique », comportant différenciation individuelle et division du travail social.

Voy. ci-dessus, ch. II, sec. II, § 2.

Si ce fait de l'interdépendance sociale nous paraît indéniable, dans la structure de la société actuelle, la question se ramène à lui reconnaître une valeur morale, une valeur normative en ce qui concerne le choix de l'idéal de Justice, en considérant la solidarité sociale comme un des éléments du contenu de la notion de Droit (147). Beaucoup d'auteurs déclarent ce sentiment, qui est aussi le nôtre (148).

Le Droit civil, très près des hommes concrets et des choses, s'y adapte à sa manière, sans déclarations de principe trop marquées qui détonneraient un peu à côté de ses soucis de

(147) La doctrine du « Solidarisme » juridique considérerait la solidarité sociale comme l'expression de l'idée du Bien ou de l'idée du Droit; voy. par exemple, L. BOURGEOIS, *La solidarité*, 1897; *Essai d'une philosophie de la solidarité*, 1902; — C. BOUGLE, *Le Solidarisme*, 1907; — Ch. GIDE, *L'Idée de solidarité*, 1893; — P. BUREAU, *Crise morale des temps nouveaux*, 1900.

(148) Quelques exemples: voy. M. R. DEMOGUE, *Notions fondamentales du Droit privé*, préc., p. 498: « ...Une idée pénétrera: l'interdépendance des individus, idée redoutable, bien qu'un peu voisine de celle à la mode de solidarité et dont je me garderai bien de souhaiter l'avènement complet. Mais comme l'idée individualiste qu'a consacré implicitement le Code civil, elle a aussi son bon côté, elle favorise de puissants intérêts collectifs, elle facilite des rapports sociaux en dispensant d'obtenir des adhésions... »; — F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, etc., 2^e éd., 1932, t. II, n^o 185, p. 226: « A l'heure actuelle, par exemple, le besoin paraît se faire sentir d'introduire, en notre organisation positive, plus de fraternité profonde, ou, comme on dit volontiers aujourd'hui, de solidarité sociale... On peut différer d'avis sur l'importance qu'il convient d'attribuer à ces aspirations, et, surtout, sur les moyens d'y satisfaire. Mais leur existence n'est pas, je crois, contestable, et il serait plus que téméraire (il serait dangereux) de passer outre, en semblant les ignorer... »; — A. LALANDE, *Les Principes universels de l'éducation morale*, *Rev. de Métaph. et de Morale*, mars 1901: on doit transformer en soi et chez les autres, la solidarité naturelle, qui résulte de la différenciation des individus et de l'équilibre des intérêts, en un accord des esprits et des volontés »; — J. CHARMONT, *L'abus du droit*,

stabilité des situations acquises et de son attachement à des principes techniques. Les idées, érigées en système, sont employées jusqu'à l'extrême limite de leur élasticité d'interprétation et les innovations franches ne peuvent être faites que parcimonieusement; l'économie est la loi ici. Dans ce sens, l'abus des droits est une coupe sur biais des préoccupations sociales de la jurisprudence; le résultat global de ses interventions, au nom de cette théorie, est que l'immoralité agissante

Rev. Trim., 1902, pp. 120-121: « les frontières toujours provisoires qui prétendent séparer la charité, la justice et la loi se sont une fois de plus déplacées »; — G. MORIN, *Rev. Mét. et Mor.* 1917, préc., p. 558: « l'interdépendance est le principe nouveau d'ordre et de discipline; sa substitution à l'auto-dépendance individuelle, comme fondement des règles sociales; — E. GOUNOT, *Aut. de la Volonté*, préc., pp. 394-395: « ...la tâche du Droit n'est pas seulement de délimiter, de séparer, d'assurer l'interdépendance de chacun, mais tout en sauvegardant la nécessaire mais relative liberté dont les individus ont besoin pour remplir leur mission ici-bas, de faire converger leurs activités vers des fins communes et d'organiser de telle sorte le jeu des solidarités sociales qu'il soit pour tous au maximum source de bien, au minimum source de mal. C'est cette fonction essentiellement positive de l'ordre juridique que la doctrine individualiste méconnaît... »; — E. PORCHEROT, *De l'usage abusif du Droit*, th., Dijon, 1901, pp. 57 et s.; — L. CAMPION, *Théorie de l'abus des droits*, 1925, n° 449, pp. 325-326; — CÉZAR-BRU et MORIN, *La Faute, le Risque et l'abus du Droit*, préc.; — GÉNY, *Science et Technique*, t. II, n° 71, pp. 18-19: « ...du moins, tous les penseurs qui ont cherché, de nos jours, à scruter les fondements du droit, acceptent-ils comme donnée initiale essentielle de leur effort le fait de la société, unissant les hommes d'un lien nécessaire et qu'il n'est plus possible d'ignorer ou de méconnaître dans la direction à tracer aux rapports juridiques »; — Cpr. DUGUIT, *Les transf. gén. du Droit privé*, pp. 8 et s., 24 et s.; le *Droit social, le Droit individuel et les transformations, de l'Etat*, 2^e éd., 1911; — R. CAPITANT, *l'Impératif Juridique*, th., Paris, 1928, p. 179; — P. CUCHE, *A la recherche du fondement du droit, Y a-t-il un romantisme juridique ?* *Rev. trim.* 1929, pp. 57 et s.; — J. DABIN, *Belgique jud.* 1924, p. 519.

est souvent empêchée d'utiliser l'imperfection des formules légales ou conventionnelles, et que des intérêts concurrents sont parfois équilibrés quand la définition reçue d'un droit ou la lettre du texte, égoïstement comprise, sacrifiait l'un des deux pour n'obtenir qu'une satisfaction minime, disproportionnée.

IV

Pour les besoins de l'exposition, nous avons marqué les deux positions, individualiste et sociale, d'une manière antithétique en tant que comportant deux *dialectiques* opposées, surtout sur le point de la nature des droits subjectifs. Si la question restait là, on serait obligé d'opter d'une manière exclusive: le droit individuel est-il de nature essentiellement sociale ou de nature individuelle? Dans la plupart des cas, c'est dans cette forme que le problème a été posé dans la discussion de la théorie de l'abus, depuis les simples affirmations sentimentales jusqu'aux visions systématiques.

Cependant, nous sentons la vérité, à la fois, des deux termes: individu et société. Chacun renferme une partie du réel, qui nous semble se refuser à une réduction dialectique. Nous ne saurions pas accepter cette position (149) qui nous paraît trop schématique; si l'individualisme libéral classique décèle l'emprise à outrance du politique et verse dans l'amour du système, le socialisme qui ne veut pas s'avouer la réalité

(149) Contra, M. J. BONNECASE, Compte-rendu de G. Renard, *Rev. gén. de Droit*, 1925, pp. 126 et s.; *La phil. du Code Napoléon appliquée au droit de famille*, n^{os} 148 et s.: il y a opposition entre individu et société, donc option nécessaire à faire.

individuelle pèche par le même excès. Les deux systèmes, dans leur intransigeance, sont plutôt des armes offensives, des présentations héroïques de l'idée pour fournir des moyens dans la lutte pour le Droit; action et réaction, dans leur amplitude extrême, pathétique, parfois, il est vrai, seule utile.

Dans le cadre de notre question, nous sommes libres, — même si nous ne pouvons pas employer les moyens philosophiques désirables, — de voir, en toute modestie, le problème de la nature des droits subjectifs sous un angle plus réduit qui nous paraît plus proche des réalités à satisfaire. A notre sentiment, la réduction de la société à l'individu, comme l'a fait l'individualisme subjectiviste, — ou de l'individu à la société, comme le veut un certain sociologisme (150) et le socialisme proprement dit, nous paraît trop dialectique. Nous regarderons, dans la réalité, le facteur individu et le facteur société comme deux unités irréductibles à partir d'un certain point; il s'y agit donc d'un accord et d'une transaction à faire par le Droit. L'ordre des choses postule une dualité nécessaire, et l'ordre humain postule un équilibre entre le droit individuel et le droit social. Cette déclaration pourrait paraître une naïveté si nous n'avions la conscience de l'histoire philosophique et politique de la recherche de cet équilibre et de ses difficultés. Mais, enfin, la question est remise ouvertement aujourd'hui sur

(150) G. RICHARD, *La Sociologie générale et les lois sociologiques*, 1912, pp. 160 et s., pour la distinction entre « nominalisme sociologique », qui considère la société comme un système de relations entre des agents volontaires, — et le « réalisme sociologique » qui soutient que l'individu en soi est une abstraction et que seul le groupe est une réalité.

beaucoup d'attitudes à prendre (151) et l'abus du droit paraît avoir cette insigne importance; ce cas de responsabilité obligerait à traverser quelque bonne partie de la philosophie du Droit. La tendance à composer l'individuel et le social, pour obtenir une vue organique du complexe social, peut être trouvée aujourd'hui chez nombre d'auteurs (152).

Une conséquence de cette vue est le rejet de la conception du droit-fonction, au moins en ce qui concerne la recherche des solutions requises par les nécessités techniques ou simple-

(151) Voy. MM. GÉNY, *Science et Technique*, t. II, n° 71, p. 15, qui constate qu'on cherche « plus avidement que jamais, à discerner une orientation générale de la vie sociale, à connaître dans quel sens on peut trouver les règles générales »; La Notion de Droit en France, son état présent, son avenir. *Arch. de Phil. du Droit et de Sociol. jur.*, 1931 (l'opposition et la contradiction des controverses actuelles sur les fondements élémentaires des disciplines juridiques); — LÉVY-ULLMANN, *Éléments d'introd. à l'étude des sciences juridiques*, vol. I; *La Définition du Droit*, introd., p. 172: « tout est à recommencer dans le domaine des sciences morales... il nous faut reprendre l'A. B. C... »; — C. BOUGLÉ, *Bilan de la Sociologie française*, 1935, pp. 103-104.

(152) Voy. par exemple MM. R. DEMOGUE: « les faits, toujours plus puissants que les lois, ont assez rapidement élargi le cadre théorique au point de le détruire. Je ne veux pas parler seulement de la théorie organiciste, du solidarisme, qui sont apparus depuis une vingtaine d'années et qui ont mis en valeur l'interdépendance des individus. Je me contente même d'indiquer que la philosophie moderne a profondément conscience de la difficulté à établir la limite entre les droits de l'individu et ceux de la société, et elle tend à admettre une réaction mutuelle de l'un sur l'autre », Indép. et interdép. des individus, dans *Notions fondamentales du Droit privé*, pp. 482-483; — HAURIOU, *Principes de Droit public*, 1916, p. 491; *Précis Dr., consti.*, 1929, pp. 48 et s.: l'individualisme est doublé de sens social; — SALEILLES, Le Code civil et la méthode historique, dans le *Livre du Centenaire*; — GONNARD, Individualisme, Socialisme, Traditionnalisme, *Rev. d'Ec. Pol.*, 1913, pp. 40 et s.; — M. PICARD, *Les Biens*, n° 11 (dans le *Traité prat. de Planiol-Ripert*); — G. DAVY, *Éléments de Sociologie*, t. I; Socio-

ment pratiques de notre question. Cette conception a peut-être des chances de pouvoir être étayée au point de vue philosophique, mais transposée telle quelle, et avec cette portée philosophique très générale, dans le plan politique et juridique, elle est dangereuse comme point de départ des déductions et encore néglige, comme nous l'avons noté plus haut, une partie de la

logie politique, 1923, p. 86: « Si l'on fait une place à l'individu, à côté de la société dans l'élaboration de l'idéal, il s'ensuit qu'il ne s'agit plus de contester à l'individu sa valeur juridique, non plus que sa valeur morale »; — O. IONESCO, Duguit et le Dr. subjectif, *Archives phil. jur.*, 1932, cah. 1-2, pp. 277-273; — J. DABIN, *La Philosophie de l'ordre juridique positif*, préc., n° 45, pp. 182 et s.: « valeur proprement sociale de l'individu » (références); — RICHARD, La Sociol. juridique et la défense du dr. subjectif, *Rev. phil.*, 1912, pp. 241 et s. — Cpr. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, n° 237, pp. 300-301; — DURKHEIM, *Division du travail social*, 2^e éd., pp. III-IV: « Rien n'est plus fort que cet antagonisme, qu'on a trop souvent voulu établir entre l'autorité de la règle et la liberté de l'individu. Tout au contraire, la liberté (nous entendons la liberté juste, celle que la société a le devoir de faire respecter) est elle-même le produit d'une réglementation. Je ne puis être libre que dans la mesure où autrui est empêché de mettre à profit la supériorité physique, économique ou autre dont il dispose pour asservir ma liberté, et seule, la règle sociale peut mettre obstacle à ces abus de pouvoir ».

La même inspiration conduit aux définitions du Droit fondées de nos jours sur l'idée du « Bien commun » ou de l'utilité générale. Par exemple, MM. L. LE FUR, *Le Droit naturel et le Droit rationnel ou scientifique*: « Le Droit, c'est la règle imposée par la société organisée aux individus et aux groupes secondaires en vue de la réalisation du bien commun »; — J. DABIN, *Phil. de l'ordre jur. positif*, n° 9, pp. 34 et s., définit le Droit positif: « l'ensemble (plus ou moins cohérent, plus ou moins achevé des règles de conduite édictées d'avance par l'autorité publique, sous la sanction d'une contrainte extérieure prévue et organisée par l'autorité elle-même (contrainte publique) en vue de réaliser dans les rapports humains un certain ordre: l'ordre le plus favorable au bien commun »; — Cpr. J. BONNECASE, *La notion du Droit en France au XIX^e s.*, p. 9.

réalité. Parce qu'on y ignore la réalité individuelle, et il n'est ni vrai, ni utile de l'ignorer; il n'est pas vrai dans l'état de nos idées morales, existant dans la conscience « collective » ou dans les aspirations des consciences individuelles, — et qui rattachent une valeur idéale à la personne humaine, — de ne reconnaître à celle-ci aucun attribut juridique au moins acquis, et de la traiter simplement comme moyen pour les fins sociales. Et il n'est pas utile de diminuer la valeur de l'initiative et activité individuelle 153). — Ce serait substituer à l'individualisme effréné un mysticisme social dont on ne pourrait pas prévoir le terme des exigences.

D'autant plus qu'individualisme et socialisme peuvent être regardés comme des groupes de méthodes qui tendent à déga-
ger la notion du Droit; et si elles sont opposées par leur point

(153) Consultez, entre autres, HAURIOU, *Dr. constitutionnel*, 1923, pp. 42 et s., éd. 1929, pp. 47 et s.; *Eléments de Droit public*, 1916, p. 491: le contenu des « données idéales de moralité et de justice » est individualiste, le droit individuel résulte de l'équilibre entre le droit social et les droits individuels. Donc, la justification du droit individuel est à la fois l'accomplissement d'une fonction sociale et le perfectionnement de la personnalité; — SALEILLES, *Le Code c. et la méthode historique, Livre du Centenaire*, p. 110: « Si le droit n'est pas purement individuel, il n'est pas non plus purement social »; *Personn. jurid.*, p. 543: « Le droit subjectif est un pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social et exercé par une volonté autonome »; — MM. R. DEMOGUE, *Notions fond. Dr. privé*, pp. 165 et s. (le droit social est désirable à condition de ne pas tarir les activités); — G. RICHARD, *La Soc. jur. et la défense du Dr. subjectif, Rev. phil.*, 1912, p. 246 in fine: « Tout au moins l'analyse de l'ordre juridique actuellement en vigueur ou réellement donné à l'histoire ne nous permet pas de concevoir un droit objectif sans une face subjective, une norme réalisable automatiquement et totalement indépendante des volontés qui le mettent en œuvre »; — G. DAVY, *Eléments de Sociologie*, t. I; *Sociol. politique*, p. 86: la société et l'individu sont deux réalités « l'une et l'autre peuvent être légitimement sujets de droit »; *Le Droit, l'Idéalisme et l'Expérience*, pp. 164-165;

de départ (154), elles n'ont pas moins un but dernier commun : l'individu; but déclaré de l'individualisme (155), un des buts logiques du socialisme (156). Même les points d'arrivée, les

— E. LÉVY, *Resp. et contrat*, *Rev. crit.*, 1899, p. 373; — O. IONESCO, *Duguit et le Droit subjectif*, *Archives Phil. Dr.*, 1932, cah. 1-2, pp. 272-273: les droits subjectifs sont la réalisation concrète de l'idéal d'ordre et de justice poursuivi par les règles objectives; — E. GOUNOT, *Aut de la Volonté*, thèse préc., p. 456, pp. 334-336: le droit subjectif est une « synthèse pratique d'intérêt, de pouvoir et de fonction »; — G. MORIN, *L'œuvre de Duguit et le Droit privé*, *Arch. de Phil. du Dr. et de Sociol. jur.*, 1932, cah. 1-2, p. 161.

Cpr. J. DABIN, *Philosophie de l'ordre jur. positif*, n° 45, p. 184 (l'individualisme sur le plan juridique signifie bien commun).

(154) Le premier postulant la liberté individuelle comme point de départ et la mission du Droit de concilier les libertés des individus; le deuxième partant du postulat du milieu social et assignant au Droit la fonction d'équilibrer les activités sociales et individuelles; voy. G. CORNIL, *Le Droit privé*, pp. 11-12; — FOUILLÉE, *L'Idee moderne du Droit*, 5^e éd., pp. 311 et s.

(155) Voy. pour les critiques apportées à l'individualisme juridique classique, de ce point de vue: son organisation aboutirait à la négation des droits individuels parce qu'il arrive à établir, en fait, un régime de privilège pour les « forts »; par exemple: G. MORIN, *L'abus des droits et les relations du réel et des concepts dans le domaine juridique*, *Rev. de Métaph. et de Morale*, 1929, pp. 272 et s.; — Ch. BOUCAUD, *L'Evol. jur. et les tendances sociales*, *Chr. soc. de France*, 1910, p. 428, 2^e col.

(156) En dernière analyse, toutes normes de l'organisation sociale ont leur incidence dans l'individu, unité juridique et sociale. A côté de la sauvegarde, très importante, des intérêts spécifiquement sociaux, tout « esprit social » d'organisation juridique, qui ne s'oublie pas, conduit dans ses résultats, à une *individualisation* progressive, à un minimum de protection physique, intellectuelle et morale de tout être humain; voy. MM. R. DEMOGUE, *Le Solidarisme et la répartition des pertes*, dans *Notions fondamentales du Droit privé*, spéc. p. 169, préc.; — G. MORIN, *Abus du Droit*, etc., loc. cit., p. 274; *L'œuvre de Duguit et le Droit privé*, *Archives de Phil. du Droit et de Soc. jur.*, cah. 1-2,

résultats de fait dans l'application, se rapprochent à la longue (157), ce qui prouve que l'ordre pratique a ici le dessus sur l'idée trop simplificatrice.

**

V

Le parallélisme entre le pouvoir individuel, légitime, et l'utilité sociale, les exigences du milieu social, — réclamé par la thèse de l'abus des droits, — pourrait être satisfait par la conception qui présente la notion de droit subjectif comme un procédé technique, comme un problème de technique juridique, — plutôt qu'un problème spécifiquement philosophique. Ce point de vue présente, croyons-nous, une réelle utilité pour la justification théorique des solutions législatives ou judiciaires données dans notre matière. M. le professeur R. Demogue, discutant la valeur du concept de sujet de droit, déclare : « Toute la technique actuelle du droit consiste donc, non pas à qualifier tel acte licite, mais à qualifier certains êtres de sujets de droit et à les représenter comme liés les uns aux autres par

1932, p. 156; — Ch. BOUCAUD, *Op. cit.*, *loc. cit.*; — CAYRET, *Le Procès de l'indiv. jur.*, préc., p. 296.

Cpr. N. COUMAROS, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, thèse, Bordeaux, 1931, pp. 96 et s., 103 et s. pour la distinction entre l'individualisme « téléologique » et l'individualisme « dynamique », — d'où on voit que cette conception pourrait conduire aussi bien à l'étatisme qu'au libéralisme et, parallèlement, la valeur finaliste, de méthode politique, du libéralisme, qui pourrait desservir aussi bien l'individualisme que le socialisme (suivant que l'on pose l'individu comme fin en soi — ou la société, et l'individu avec sa liberté comme moyen en fonction de fonctions sociales), (références).

(157) G. CORNIL, *Op. cit.*, *loc. cit.*

des rapports de droit, dont ils sont les bénéficiaires, ou qui pèsent sur eux, qui leur permettent certains actes, ou leur en défendent d'autres, ou encore les obligent à une certaine manière d'agir. La théorie du sujet de droit est donc des plus importantes, comme étant une des bases essentielles des constructions juridiques traditionnelles (158). » Nous continuons la citation: « La théorie du sujet de droit est, nous l'avons vu, d'une importance incontestable, puisqu'il s'agit d'une des bases de la technique juridique, la science ayant construit tout son système de règles sur la base de la personnalité, tous les rapports sociaux étant analysés en des droits, et tous les droits rattachés à des personnes comme sujets (159). » M. Demogue en conclut que le procédé technique du « droit » réalise une économie de moyens, une « transaction heureuse » qui permet aussi la sécurité que l'activité (160).

M. le doyen Génv, de même, envisageant d'une manière générale les discussions autour du problème général qui tient

(158) La Notion de sujet de Droit, dans *Notions fondamentales du Dr. privé*, pp. 320-321.

(159) *Ibidem*, p. 322.

(160) Mécanismes techniques, dans *Notions fond.*, préc., spéc. pp. 257-260. — Voy. pp. 335 et s., où on explique le fait que la théorie du droit subjectif a pu ne pas être envisagée comme un problème de technique juridique: parce qu'« il n'y a pas de cloison étanche entre le fond de droit et la technique »... « les idées techniques agissent en effet à la façon des idées forces; au lieu d'être des simples idées de coordination et de solution provisoire, elles deviennent facilement des principes qu'on n'ose plus discuter », — et parce qu'il y a encore une question d'ordre moral, la conception du sujet de droit ayant suivi les idées morales et sociales: « cette qualité est apparue comme une sorte de dignité, qu'il ne fallait pas conférer à la légère » (références).

En ce sens, par exemple: G. CORNIL, *Le Droit privé*, pp. 91, 100 et 130; — L. CAMPION, *Théorie de l'abus des droits*, préc., n^{os} 497 et suivants.

aux notions de sujet de droit et de droit subjectif, constate : « La raison profonde de si pénibles malentendus tient, suivant moi, à ce que nos auteurs ne se sont pas astreints à séparer, comme il l'eût fallu, le point de vue du fond des choses et celui de la seule technique (161). » Et, concluant sur la doctrine de Duguit, il pose le problème du droit subjectif dans ces termes : « ... C'est qu'il s'agit ici, non pas d'une donnée fondamentale de la nature ou de la raison, mais d'un jeu de concepts suivi d'une définition terminologique, simples moyens techniques de mettre en œuvre les principes supérieurs de justice, susceptibles comme tels, de perfectionnements incessants, mais qui méritent d'être conservés, pour les services qu'ils nous rendent, et jusqu'à ce qu'ils soient supplantés par des instruments conceptuels ou terminologiques, mieux adaptés aux réalités, qu'il s'agit de traduire et dont il faut assurer l'épanouissement dans les cadres du « juste » (162).

On doit considérer les termes de sujet de droit et de droit subjectif comme des concepts qui opèrent une abstraction sur les réalités sociales et qui doivent satisfaire, en tant que procédés techniques, les exigences de la vie juridique. Ce n'est pas rabaisser leur valeur, et moins encore les nier, que de reconnaître qu'ils sont des représentations conceptuelles solidement ancrées dans la réalité (163).

(161) *Science et technique en Droit privé positif*, t. III, 2^e tirage, 1925. D. 217.

(162) *Op. cit.*, t. IV, nouveau tirage 1930, pp. 186-187; voy. t. III, pp. 219 et s.

(163) GÉNY, *Op. cit.*, p. 219 : « Nous avons bien ici une représentation de l'esprit, résultant d'un effort d'abstraction, ou, si l'on veut même, un concept, mais tellement nécessaire pour traduire les réalités qu'il se confond presque avec elles et ne peut passer pour un élément artificiel, pour un pur concept de la technique », *ibid.*, pp. 223-225; t. IV, n° 277, pp. 30 à 34.

La conséquence qui nous intéresse, — à l'encontre de la théorie classique des droits subjectifs, invoquée en la matière de l'abus, — est qu'il est possible d'apporter des modifications au contenu de la notion de droit subjectif quand des faits pressants doivent obtenir satisfaction au nom de la Justice, en dûe forme, par le jeu des règles attachées à la définition de cette notion. « C'est uniquement au point de vue scientifique, en considérant la justice et l'utilité sociale, qu'on doit décider, par exemple, si les avantages juridiques, conférés par le droit objectif, sont dûs à « l'éminente dignité de la personne humaine », ou s'ils doivent reposer sur la seule solidarité sociale, quelles facultés ils comprennent et quelles limites s'y imposent, s'ils doivent être réservés aux individus ou admis au profit des buts collectifs, etc... Et c'est sur les solutions données à ces questions, suivant des principes supérieurs, que pourront ensuite venir se plaquer nos constructions techniques (164). »

(164) GÉNY, *ibid.*, p. 222.

Voy. *ibid.*, pp. 208 à 211, pour les lois que doit satisfaire la constitution juridique afin de remplir son rôle. Nous tenons pour nécessaire de reproduire ici les vues de l'éminent maître sur ces lois essentielles, et nous nous excusons de les donner en résumé: 1° Adaptation exacte des concepts aux réalités positives du droit vivant; donc, correspondance complète entre les solutions données en fait et leur expression conceptuelle; 2° Principe de non-contradiction: homogénéité et cohérence de la construction: accord intérieur des diverses parties, accord extérieur avec les constructions voisines; 3° Qualité extrinsèque « reliant le moyen au but »: correspondance aux besoins et aux intérêts pratiques, « fonds substantiel du Droit »; l'élément intellectuel étant « inclus comme par nécessité foncière, dans la nature sociologique du Droit ».

La valeur des concepts est donc essentiellement relative: « Il y a lieu de poursuivre dans le sens de ces *desiderata*, un affinement incessant de la construction juridique. Les concepts qui la constituent sont essentiellement muables et souples. Leur valeur vraie ne se peut mesurer qu'à la perfection relative de leur effet. Et l'on doit, sans hésiter, les multi-

Sous l'étiquette de l'abus des droits sont présentées des situations où l'exercice du droit doit comporter, tout en satisfaisant les intérêts du titulaire, le respect de certaines conditions de moralité, socialement nécessaires, et le respect des intérêts concurrents d'autres personnes, ou de certains intérêts sociaux. L'analyse de la notion de droit subjectif comme un procédé technique peut laisser place à la possibilité de prendre en considération, à la fois et parallèlement, ces deux ordres de facteurs, individuels et sociaux, entre lesquels un individualisme ou un socialisme extrémiste ferait un choix: le droit subjectif peut être considéré comme un pouvoir, une « volonté »

plier, les changer ou les infléchir, pour les mieux adapter aux faits. Souvent même, quand une situation nouvelle aura surgi, et s'il paraît utile de mettre en cause, pour la régir, notre procédure d'analyse abstractive, il sera mieux de recourir franchement à une construction nouvelle, plutôt que de faire éclater, par un emploi abusif, des moules intellectuels, qui en épouserait mal les contours effectifs (p. 211). — Cpr. *Méthode d'interprétation et sources*, t. I, 2^e éd., 1932; n° 61, pp. 128-129, 149 et suivantes.

Adde: MM. R. DEMOGUE, *Oblig.*, t. II, n° 527, p. 104 (d'abord voir les besoins pratiques et ensuite le rôle de la théorie sera de trouver l'idée générale qui groupe les solutions pratiques); la Technique doctrinale, dans *Notions fond. du Dr. privé*, pp. 225 à 237 (distinction entre la technique « quantitative » et la technique « qualitative »), *ibid.*, p. 265; — R. SALEILLES, *La pers. jur.*, pp. 567-573 (d'abord adopter les solutions de fait); — G. RENARD, *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, p. 195 (le Droit est en fonction de la pratique qu'on en fait); — G. MORIN, L'individualisme du C. C., etc., *préc.*, *Rev. de Métaph. et Morale*, 1917, p. 561; *La Loi et le contrat, La décadence de leur souveraineté*, pp. 99 et s.; L'œuvre de Duguit et le Droit privé, *Arch. de Phil. du Droit et de Sociol. jur.*, 1932, cah. 1-2, p. 161.

Adde pour « le procès du conceptualisme juridique », problème d'importance tout à fait générale: J. BONNECASE, *La pensée jur. franç. de 1804 à l'heure présente*, t. I, pp. 113 et s.; *Notion du Droit en France*, n° 61 ss., p. 141; *Suppl. à Baudry-Lacant*, t. I, n°s 321 et s.; — SALEILLES, *De la personn. jur.*, pp. 519 et s.; — HAURIU, *Pré-*

individuellé (165) qui, dans la poursuite de ses intérêts, doit, essentiellement, se plier à certaines exigences de l'interdépendance sociale, sa définition même étant susceptible de contenir ces éléments de nature sociale.

**

VI

La question de l'abus des droits nous oblige de prendre une conclusion plus ferme et plus rapprochée de ses besoins. En nous maintenant toujours dans le plan des abstractions, on peut ramener les résultats de l'intervention judiciaire au nom de la théorie de l'abus, en dernière analyse, à la constatation qu'elle impose au titulaire du droit une série d'abstentions et, exceptionnellement, certaines prestations de diligence.

Comment les justifier, *virtuellement*, dans la définition du droit subjectif, ces abstentions et prestations fondées sur le donné de la solidarité sociale? Leur source peut être ce que l'on appelle « l'obligation générale de ne pas nuire » et de s'abstenir du dol, par laquelle on justifie ordinairement la notion de la faute; ce que pourrait englober aussi bien l'abs-

cis constit., pp. 719-720; — DUGUIT, *Traité constit.*, 2^e éd., t. I, pp. 329 et 364.

Cpr. G. MORIN, L'Abus du droit et les relations du réel et des concepts dans le domaine juridique, *Rev. Métaph. et Mor.*, 1929, spéc. pp. 276 et s., qui signale, en matière d'abus, le divorce entre le plan conceptuel (« l'abus »: hypothèse de responsabilité) et le plan du réel (« l'abus »: veut dire un lien de solidarité qui, en dernière analyse, conduirait à la reconnaissance ouverte de nouveaux droits essentiels de la personnalité).

(165) M. GÉNY l'analyse en approfondissant (la nature) de la notion de « rapport de droit »: « sans peine (on) y découvre un pouvoir

tention de nuire d'une manière directe, intentionnellement, que celle de nuire d'une manière indirecte, par le détournement du droit de son but raisonnable, « normal », social, et encore conduire à prêter dans certains cas, à cette fin, de la diligence; le contenu élargi de cette obligation générale résultant des

profitant à l'un et grevant l'autre (ou les autres). Ainsi surgissent les concepts du *sujet actif*, investi de ce pouvoir, du *sujet passif*, qui en subit la charge. Le pouvoir contenu dans le rapport du droit revêt donc l'aspect d'un *droit subjectif*, c'est-à-dire d'une faculté ayant pour support nécessaire, tant activement que passivement, le sujet de droit ou personne juridique... », *Science et Technique*, t. III, p. 220; — et critiquant la doctrine de Duguit: « ...il ne s'agit plus que de savoir si les concepts, parmi lesquels les civilistes, ont cherché à se représenter les moyens que le droit objectif concède aux particuliers répondent bien à la réalité des choses, et si le vocable « droit subjectif » les traduit de façon suffisante. Or, le « pouvoir de contrainte » nous donne bien le minimum de la représentation désirable et L. DUGUIT lui-même ne peut se dispenser de l'indiquer. Mais il est naturel que l'esprit investigateur cherche un peu loin et que, dans le pouvoir même de contrainte se reconnaisse l'action nécessaire d'une « volonté ». Et, comme toute volonté suppose un but qui en légitime l'action, sans peine encore la pensée discerne « le bien de la vie » ou « l'intérêt » seul susceptible de servir de « contenu au pouvoir en question », *Op. cit.*, t. IV, p. 183; — Cpr. les auteurs cités ci-dessus, note 150.

Adde: MM. R. DEMOGUE, *Notions fond.*, préc., p. 325; — N. COUMAROS, *Le rôle de la volonté dans l'Acte juridique*, thèse préc., p. 47 et s.; — O. IONESCO, Duguit et le droit subjectif, *Archives de Phil. du Droit et Soc. jur.*, 1932, cah. 1-2, p. 275; — A. GOROVTSEFF, La lutte autour du sujet de droit, *Rev. trim.*, 1926, p. 908 — pour les théories « type » sur la nature du droit subjectif, accepté comme tel: la théorie classique qui vise essentiellement la *volonté* ou « Willens-theorie », dont un des principaux représentants est Windscheid, — la théorie de l'*intérêt*, soutenue par Ihering, la théorie « de la *volonté* et de l'*intérêt* combiné » de Jellinek, Michoud, etc.

principes généraux du Droit et de l'équité, socialement interprétés (166).

Peut-être faudrait-il envisager le droit individuel comme comportant en lui-même des limites morales et spécifiquement sociales qui rendent plus tangibles cette obligation par trop générale, un halo social de devoirs particuliers accompagnant

(166) On a souvent rattaché directement le problème de l'abus aux « principes généraux » du Droit, ou même, considéré l'abus d'emblée, comme un de ces principes généraux. L'assertion est trop juste, mais elle demande l'effort caractéristique, dans la matière, de l'établir explicitement. — Voy. HAURIOU, *Police juridique et fond. du Droit*, *Rev. trim.*, 1926, pp. 308-309: « nous entendons par là les grands principes d'équité dominant le fond du droit ». Parmi ces principes est « le principe de l'abus du droit dont l'une des origines est la maxime *malitiis non est indulgendum*, dont une autre est peut-être la maxime: « Pas d'intérêt, pas d'action », ou celle-ci: « Pas d'intérêt, pas d'exercice légitime du droit »... dont une troisième origine est peut-être bien la notion rationnelle du normal et de l'anormal en toutes choses »; — *ibidem*: « A quel titre ces principes d'équité (nota: l'abus des droits, l'enrichissement sans cause) font-ils partie de la légalité et motivent-ils la violation de la loi ? A mon avis, ils font partie d'une superlégalité; ils pourraient et ils devraient être insérés dans la constitution écrite, de même que le principe de la non-rétroactivité des lois. Ce sont des principes, non pas de la constitution politique, mais de la constitution sociale, au même titre que ceux des libertés individuelles, de la famille, de la propriété. Ce sont les principes constitutionnels du commerce juridique, dont ils visent deux conditions essentielles, savoir: l'équivalence des prestations et l'usage normal des droits »; — GÉNY, *Méthode d'interprét.*, etc., 2^e éd., t. I, n° 61, pp. 128-129; — J. DABIN, *Belg. jud.*, 1924, col. 558.

Cpr. Fr. FULMENE, *L'uso illecito del diritto* (dans *Studi in onore di Alf. Ascoli*, Messina, 1931, pp. 468-469): « raisons éthiques fondamentales nécessaires, qui couvrent toute la production normativo-juridique » (avec des références pour le fondement de l'abus sur les principes gén. du Droit, dans la littérature italienne); — A. DESSENS, *Essai sur la notion d'Equité*, thèse, Toulouse, 1934, pp. 221 et s., qui voit dans l'abus et l'enrichissement sans cause, l'application d'une « équité restrictive », d'essence jurisprudentielle.

le droit et concrétisant cette obligation de ne pas nuire, en abstentions et même en prestations — un statut d'obligations secondaires, de nature légale ou jurisprudentielle. L'idée d'un droit subjectif comportant essentiellement, par sa nature même, un nombre de devoirs particuliers, — qui puissent sauvegarder les intérêts concurrents des autres personnes, ou certains intérêts sociaux, — sans diminuer la satisfaction raisonnable des intérêts du titulaire, n'a rien d'absurde ou de paradoxal en soi-même et se prête, peut-être, à fonder rationnellement et techniquement l'abus, sans recourir à la conception du droit-fonction sociale. On peut accepter que tout droit a aussi une face qui regarde du côté du devoir, que « tout droit trouve en lui ses limites naturelles conformes à la justice et aux bonnes mœurs » (167), que « droit » veut dire le couple « *droit-devoir* ».

Cette vue remet, sous un aspect plus tangible, la question

(167) GIERKE, *Revue de Schmoller*, XII, p. 1285, XIV, p. 315; — G. RICHARD, *Le social jur. et la défense du Dr. subjectif*, *Rev. phil.*, 1912, p. 242-243, et note 1: « l'idée d'un devoir de respect réciproque... est inséparablement liée à l'idée du droit subjectif, autant qu'à celle de la norme juridique »; — PETRONE: « Je ne me pose pas comme sujet de droit sans poser, ou en termes concrets, sans reconnaître d'autres sujets de droit hors de moi. Je ne suis une personne que dans la société des personnes. Je ne subsiste juridiquement que dans la coexistence et la coopération de mes semblables. Ma personnalité juridique est un concept de relation, elle enveloppe la personnalité d'autrui, comme mon droit enveloppe le droit d'autrui » (cité par G. RICHARD, *Op. cit.*, *loc. cit.*). — Adde: GÉNY, *Méthode d'interprétation*, p. 171 et note 3; — G. MORIN, *La loi et le contrat*, etc., pp. 133-134 et article préc., *Rev. de Métaph. et de Morale*, 1917, p. 568; — SALEILLES, *Le C. C. et la méthode historique*, *Livre du Centenaire*, p. 12: devoirs sociaux à la charge d'un droit; — Ch. GIDE, *Principes d'Ec. pol.*, p. 41; — L. CAMPION, *Théorie de l'abus des droits*, n° 417, p. 301 (limitation jurispr. des droits par l'obligation préexistante de ne pas faire,

de la limitation des droits subjectifs postulée par la thèse de l'abus des droits, problème qui est préjudiciel, qui déborde la question de responsabilité suscitée par les cas d'exercice abusif des droits. M. R. Demogue envisage d'une façon très ample son importance: « Le problème déborde beaucoup celui de la responsabilité. C'est un problème des limites de tous les droits subjectifs, y compris les droits de la puissance publique. Chaque droit subjectif comporte des limites objectives de durée, de forme, de circonstances matérielles. Mais sont-elles les seules? Le droit subjectif n'a-t-il pas des limites d'ordre téléologique ou social? Faut-il sous-entendre à la suite de chaque disposition légale: le droit ainsi reconnu ne peut être

à la charge du sujet de droit); — L. MAZEAUD, *Traité de resp. civile*, t. I, n° 553: « Tout problème de responsabilité se ramène au fond à un dosage raisonnable des droits de l'individu et de ses devoirs »; — E. PORCHEROT, *Abus du droit*, thèse, Dijon, 1901, p. 158: « On est frappé, en lisant la Déclaration des Droits de l'Homme, de voir qu'il y est parlé uniquement de droits et non pas de devoirs; la Déclaration des Droits de l'Homme est la consécration de la doctrine individualiste... »; — SAVATIER, thèse préc., pp. 22 et s.: l'abus est un conflit entre un droit « positif appartenant à une personne et le devoir moral lui incombant; en usant de son droit, elle manque à son devoir moral ».

Cpr. J. DABIN, *Belgique judiciaire*, 1924, col. 551: « Les droits subjectifs devraient être de *lege ferenda*, définis socialement: en égard au bien de la collectivité, — et exercés socialement: en égard aux tiers particuliers, nommés ou innommés. Ce qui est conforme à l'idée du droit subjectif, parce qu'il est affirmé dans le chef de tout le monde et que la tâche du législateur est justement de trancher les conflits individuels: « d'où il suit que l'idée du droit subjectif n'est nullement anti-sociale ou individualiste en soi, puisqu'elle tend à délimiter les droits de chacun et chacune en fonction de l'intérêt commun ». *Belg. jud.*, 1921, n° 21: (les restrictions en vue d'éviter l'intention de nuire ou pour déterminer des fins, doivent rentrer dans la définition du droit, aussi bien que l'énumération des facultés incluses dans ce droit).

exercé que pour des motifs conformes au bon ordre social?... (168). »

Ces limites sont d'une double nature: à l'intérieur des limites objectives, les limites subjectives modifieraient le contenu du droit, du « licite » (169), et laisseraient place à la qualification des faits qui contredisent les devoirs, l'accompagnant comme des sons harmoniques; devoirs analysés suivant des critères adaptés à chaque domaine spécial et dégagés sous l'inspiration des besoins pratiques. De cette façon, on revient, après un détour assez éloigné, à la notion de la faute, avec la possibilité d'entrevoir d'un point de vue formel une

(168) *Oblig.*, t. IV, n° 679, pp. 366-367; — SALEILLES, *Oblig.*, 3^e éd., n° 310, note 1, p. 372: « un droit dont on abuse n'est pas autre chose qu'une faculté qui n'est plus comprise dans le droit que l'on prétend avoir »; l'« abus » est une limitation du contenu du droit; — J. DABIN, L'abus du droit et la resp. dans l'exercice des droits, *Belg. jud.*, 1921, col. 289 ss., n° 19; — J. CHARMONT, L'abus du droit, *Rev. trim.*, 1902, p. 121; — E. SULTAN, thèse, Alger, préc., pp. 59 et suivantes.

Adde, pour l'importance d'ordre général du problème de l'abus, qui déborde le domaine de la responsabilité civile: G. RIPERT, *La règle morale*, etc., préc., n° 94; — L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, etc., préc., passim. — La théorie de l'abus dépasserait le domaine de la responsabilité civile aussi sous le rapport de la possibilité de l'opposition préalable à l'exécution, parallèlement à la réparation en nature ou pécuniaire: voy. G. RIPERT, L'exercice des droits et la resp. civile, *Rev. crit.*, 1906, pp. 363-364 (critique).

(169) Voy. M. R. DEMOGUE, *Oblig.*, t. III, n° 226, p. 370: Pour la dualité de nature des limites des droits, — les considérations subjectives ayant trait aux buts d'intérêt social et aux mœurs; add. n° 235; — G. FERRON, note, 1905-2-17 (p. 18, col. 1); — J. DABIN, Abus du dr. et resp. dans l'exercice du droit, *Belg. jud.*, 1921, col. 336-337, n° 19: « délimitation qualitative » sur le terrain de la finalité; — L. CAMPION, *Théorie de l'abus des droits*, n° 430, p. 311, n° 417; — G. GÉNY, Risques et respons., *Rev. trim.*, 1902; —

notion de *faute sociale* qui, dans son application, se prête moins à être considérée comme empirique par rapport aux principes de logique formelle de la responsabilité (170) ; les faits fautifs

CÉZAR-BRU et MORIN, *La Faute, le Risque, l'Abus du droit*, préc., n. 98.

Adde: les auteurs cités à l'occasion de la qualification de l'abus comme un « défaut de droit », simple acte illicite: ci-dessus, p. 34, note 37.

Certains auteurs ont vu le problème de l'abus comme un problème de *conflit de droits*, départagé par l'application de la notion de faute. Il y en a qui se sont arrêtés à cette constatation en déduisant que l'abus est un cas banal de responsabilité (MM. BARTIN, EM. LÉVY, etc.; voy. l'exposé de la thèse et la réfutation dans L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, etc., n° 248 et s.); — d'autres, comme M. DESSERTAUX, *Abus du droit ou conflit des droits*, *Rev. trim.*, 1906, pp. 119 et s., considère que l'abus n'est qu'une solution d'expédient du conflit, naît de l'application de principes opposés et également certains, d'où résulte dans un cas donné une protection légale pour deux intérêts inconciliables, — conflit dont l'absolutisme des droits est la source. — Au fond, M. Desserteaux reconnaît le conflit des droits comme un « problème extrêmement général résultant de la nature des droits » et ne réussit à donner que quelques indications générales pour équilibrer les intérêts contraires, déjà impliquées par la théorie de l'abus; ce qui revient à remettre la question sous une face mineure. (MM. R. DEMOGUE, *Oblig.*, t. IV, p. 358; — J. DABIN, *Belg. jud.*, 1921, col. 300, n° 12, note 27: critiquent la logique du système de Desserteaux: quand on se résout en faveur de l'un, on reconnaît par le fait même que l'autre était sans droit). Ce que l'on peut retenir de ce système est qu'il y a des hypothèses où l'abus a servi à délimiter *objectivement* des droits rivaux; dans ce sens, ces hypothèses ne sont pas spécifiques pour l'étude de la théorie de l'abus.

(170) Sur cette notion de « faute sociale », réprimant les atteintes portées à la finalité sociale des droits, voy. MM. R. DEMOGUE, *Oblig.*, t. IV, p. 368, nos 679-680; t. III, n° 279, p. 464; — L. JOSSERAND, note D. P. 1913-2-139; — G. CORNIL, *Le Droit privé*, etc., pp. 111-112; — GÉNY, note au P. F. 1896-1-340, col. III; — SAVATIER, note sous Req., 23 mars 1927, D. 1928-1-73; — CÉZAR-BRU et MORIN, *La faute, le risque et l'abus du droit*, *Annales Fac.*, Aix, 1906, t. II, p. 180; — CAMPION, *Abus du Droit*, n° 408, p. 306; — SULTAN, thèse préc., p. 124.

commis à l'occasion d'un droit qui transgressent ses limites de nature morale et sociale, pourraient être considérés nettement comme « illicites », ce qui revient à dire, comme nous l'avons noté dans la conclusion du premier chapitre, que les variations d'application de la règle « *neminem...* » déterminent en principe la faute et ainsi qu'il n'y a aucune fin de non-recevoir essentielle, de nature théorique, contre les hypothèses de responsabilité présentées sous l'étiquette de l'abus.

*
**

VII

Les limites subjectives, posées par des devoirs de nature sociale, peuvent être considérées comme une question d'orientation législative, de *lege ferenda* (171) et aussi comme un problème d'interprétation; la théorie de l'abus les présente, immédiatement, sous le dernier aspect; ses sollicitations ont été mises en œuvre par une interprétation critique des textes légaux ou conventionnels. M. le doyen Gény suggère en quelques lignes la généralité de ce mouvement d'interprétation: « A

(171) Certaines opinions considèrent comme insuffisante la conciliation des orientations du droit social avec les dispositions du Code civil, tentée par la jurisprudence de l'abus qui applique en la matière, extensivement, l'art. 1382 (voy. ci-dessus, pp. 21-22 et notes 19-20) et réclament l'admission d'une règle générale à l'instar des art. 226 et 826 du C. c. allem., art. 1295 du Code autrichien, ar. 2 et 4 du Code suisse des obligations, des art. 1 et 30 du Code civil soviétique, de la formule transactionnelle de l'art. 75 du projet franco-italien du Code des Oblig. des art. 18 et 19 du projet de C. c. polonais. — Pour la position de l'abus en Droit comparé, voy. MM. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, etc., pp. 269 et s.; — R. DEMOGUE, *Oblig.*, t. IV, n^{os} 693 et s.; — L. et H. MAZEAUD, *Traité de resp. civ.*, t. II.

l'heure actuelle, par exemple, le besoin paraît se faire sentir, d'introduire, en notre organisation positive, plus de fraternité profonde, ou, comme on dit volontiers aujourd'hui, de solidarité sociale, c'est-à-dire, tout simplement, ce me semble, de mieux égaliser les conditions de la lutte entre les activités rivales, d'assurer une répartition des profits plus exactement proportionnée aux efforts et aux besoins de chacun, d'atténuer les rigueurs excessives du droit individuel, en considération de l'intérêt social et commun. On peut différer d'avis sur l'importance qu'il convient d'attribuer à ces aspirations, et surtout, sur les moyens d'y satisfaire. Mais leur existence n'est pas, je crois, contestable, et il serait plus que téméraire (il serait dangereux) de passer outre, en semblant les ignorer. Or, comme la plupart des idées, qu'elles renferment, ne se peuvent réaliser efficacement, qu'en passant dans la vie juridique, il faut donc que celle-ci trouve, en soi, un instrument d'assimilation toujours actif. Ce ne peut être que l'interprétation et l'application mêmes du droit positif (172). »

L'abus des droits a été parfois rattaché, à ce titre, à la tendance qu'on appelle le « socialisme juridique » et qu'on définit ordinairement comme un effort d'adaptation, d'une manière consciente, presque subversive, des institutions et textes

(172) *Méthode d'interprét.*, 2^e éd., t. II, p. 226; — *Science et Technique*, t. II, tir. 1925, n^o 8, pp. 26-28: « ...de formelle et passive qu'elle a été ou tendait à être, la méthode juridique s'est faite critique et active; de telle sorte que ce qui n'était pas primitivement guère plus qu'une interprétation des sources, tend à se muer en interprétation du droit lui-même. »

Cpr. J. DABIN, *Abus du droit et resp. civ.*, *Belgique jud.*, 1921, col. 289 et s., col. 321 et s., qui ramène, aussi, toute la question de l'abus à un « vice » de méthode et d'interprétation. Nous croyons que c'est un renouvellement.

légaux existants à des fins proprement « socialistes ». Nous ne voyons, dans le cadre des idées générales de la théorie de l'abus, qu'une adaptation à des fins d'utilité sociale, d'ordre social, de justice plus sociale, un mouvement poursuivant des fins juridiques et éthiques, — ce qui est différent: sauf à entendre par « socialisation » la position de toute doctrine qui s'oppose à l'individualisme pur, abstraction qui ne peut point nous gêner (173).

Le problème d'interprétation suscité par l'abus, entre autres institutions jurisprudentielles, a une signification générale : il

(173) Le « socialisme juridique » n'est pas un système; il a pu être considéré comme une construction autonome plutôt dans les critiques opposées par les doctrinaires du socialisme proprement dit, — et moins par les efforts de le présenter comme une annexe active du socialisme et de le systématiser dans ce sens. Tel que nous le comprenons, il représente un point de vue trop spécieux du procès actuel d'adaptation du droit existant, à une société en transformation, et des tendances sociales qu'accuse le mouvement d'idées juridiques, — point de vue sur lequel certaines opinions ont conçu des méfiances ou fondé des illusions également exagérées. Dans ce sens, il est une interprétation tendancieuse de toute doctrine qui est sensible aux idées sociales et tâche de les satisfaire avec les instruments juridiques existants, — doctrine « socialisante », — et de la jurisprudence des dernières décades (place à part devant être réservée aux écrivains qui réclament un système d'organisation sociale radicalement différent). Tous les auteurs qui adhèrent à une formule plus ample de l'abus, entrent, implicitement ou explicitement, dans la « socialisation ». (Voy. p. la valeur de l'abus comme formule pratique de socialisation du droit. MM. R. DEMOGUE, t. IV, 8, 366; — G. CORNIL, *Le Droit privé*, et nos citations antérieures, *passim*. — Adde: R. SAVATIER, *Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels*, *D. hebdomadaire*, 1931, Chr. pp. 9 et s. — Contra J. DABIN, *Belg. jud.*, 1924, col. 564.

En ce qui concerne le « socialisme juridique », quelques noms ont été mis en avant: Proudhon, A. Menger, Glasson, Duguit, Vivante, Em. Lévy, etc. — Cons.: BONNECASE, *Pensée jur. fr.*, t. II, n° 390, pp. 234 et s. (exposé et critique); — M. BARASCH, *Le soc. jur. et son*

marque, une fois de plus, l'abandon de la méthode purement interprétative, déductive et syllogistique qui caractérisait l'Ecole de l'Exégèse (174). A la place du dogme optimiste de la plénitude logiquement nécessaire de la loi écrite, on poursuit le

influence sur l'évol. du Droit en France à la fin du XIX^e s. et du XX^e s.; — SARRAZ-BOURNET, *Une évolution nouvelle du soc. doctrinal, le Socialisme juridique*, thèse, Grenoble, 1911.

Adde: Em. LÉVY, La vision socialiste du Droit, 1926; La construction sociale du Droit, *Rev. Phil.*, 1931, mars-avril; — G. SOREL, Les aspects jur. du Soc., *Rev. Soc.*, oct.-nov. 1909; — Ch. BOUCAUD, L'Evol. jurid. et les tendances sociales, *Chr. soc. de France*, 1910, p. 427; — J. HITIER, La dernière évol. doctrinaire du social.: le Soc. jur., *Rev. d'Ec. pol.*, 1906; — VIVANTE, l'Influenza del social. sul diritto privato (trad. dans *Questions pratiques de législ. ouvrière*, 1903, pp. 33, 65 et s.); — Ed. BERTH, Rev. soc. ou évol. juridique? *Mouvement socialiste*, 1904, II^e série, pp. 121 et s.; — ENGELS, Socialisme des juristes, *Mouv. soc.*, 1904; — A. MATER, le Soc jur., *Rev. soc.*, 1904, p. 1.

Cpr. J. CHARMONT, La socialisation du Droit, *Rev. Métaph. et Morale*, 1903, pp. 408 et s.; — HAURIOU, Phil. du Droit et Science sociale, *Rev. Dr. publ.*, 1899; — C. BOUGLE, L'esprit nouveau de la science du Droit, Juristes et Socialistes, *Revue Bleue*, 1906, pp. 587-590 (sur l'éducation sociologique des juristes); — G. RIPERT, Le socialisme jur. d'Em. Lévy, *Rev. crit.*, 1928, p. 21; — L. LE FUR, Droit indiv. et droit social, *Archives de Phil. du Droit*, cah. III-IV, 1933, p. 279; — RADBROUCH, Du droit individuel au dr. soc., *ibidem*, p. 387; — F. GÉNY, Le « socialisme juridique » d'Em. Lévy, *Science et Technique*, t. II, pp. 62 et s.

(174) Pour exposé, critiques et références, cons. F. GÉNY, *Méthode d'Interpr.*, etc., t. I, n^{os} 12 à 30; — BONNECASE, *l'Ecole de l'Exégèse en dr. civ.*, 2^e éd., 1924; *Pensée jur. franç.*, t. I, n^{os} 144 et s., 232 et s.; — F. MALLIEUX, *l'Exégèse des Codes et la nature du raisonnement juridique*, 1908. — Cpr. G. RENARD, *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, p. 344; *Le Droit, la Justice et la Volonté*, p. 29 (p. le renouveau de l'exégétisme chez Jellinek et Carré de Mablery); — G. MORIN, *La loi et le contrat, la décadence de leur souveraineté*, 1927, pp. 25-28.

desiderata de la scrutation directe des réalités sociales, morales ou matérielles, et de l'appel à l'Équité, — parallèlement aux possibilités limitées de la réglementation légale : la neutralité du juge et son rôle d'interprétation quasi-mécanique du texte, essentiellement grammaticale ou littérale, ou « logique » quand il s'agit de découvrir l'intention du législateur (175), sont mis en balance avec le raffinement de la distribution de la justice obtenu par l'interprétation de la loi à l'aide d'éléments extérieurs à elle et par l'initiative du juge, par son attitude active qui adapte les textes, forcément imparfaits, aux exigences de la complexité concrète offerte par le commerce juridique vivant. C'est tout un changement de climat (176).

Ce conflit met en premier plan les possibilités du juge. Les opinions sont partagées; les hésitations, très légitimes, sont provoquées surtout par le souci de sécurité. On craint l'arbitraire et la juridiction d'équité : méthode critique ou méthode déductive veulent dire un choix qui porte sur la sécurité par la restriction de l'intervention judiciaire — ou bien sur la satisfaction, avec certains risques, de la sensibilité morale et d'une Justice plus concrète, plus finaliste (177). Dans la

(175) Voy. GÉNY, *Op. cit.*, n^{os} 14 à 15.

(176) Le conflit des méthodes d'interprétation se présente sous son aspect négatif comme la réaction contre la doctrine de l'Exégèse, — et sous son aspect constructif, dans la controverse entre l'opinion de la limitation du domaine propre de la loi (« libre recherche scientifique » de l'Ecole néo-classique, rationnaliste, scientifique, du doyen GÉNY) et l'opinion de son interprétation évolutive (Saleilles, Lambert). — L'exposé systématique se trouve surtout dans les ouvrages de M. Fr. GÉNY. — Adde: P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, 1907.

(177) Voy. sur les relations entre l'élargissement de l'initiative du juge et la conception finaliste de la justice, M. R. DEMOGUE, *Notions fond.*, pp. 540-541.

matière de l'abus, l'équité des solutions données et leur constance dans certaines séries de cas, peuvent fonder la confiance que l'esquisse jurisprudentielle des limites des droits individuels est possible (178) ; dans ces domaines, où la réglementation *a priori*, par définition légale, est insuffisante ou même impossible, on peut espérer que la réglementation judiciaire, sous l'orientation générale de la loi, conduirait à de véritables coutumes judiciaires. « Le plus souvent, la jurisprudence, même la plus décidément contestable, passe à côté de la loi sans la choquer absolument ou la complète sans l'offusquer. Il en résulte une interprétation *usuelle* qui, une fois passée en coutume, a engendré une véritable règle de droit. Comme direction pour l'interprète, pareille jurisprudence coutumière sera surtout précieuse quand elle comblera de véritables lacunes, et parfois même, des trous béants de notre législation... », constate M. GénY (179). En gros, ces résultats de fait ne sont pas tellement éloignés des visées de sécurité chères à l'Ecole classique.

(178) « C'est un fait bien connu, que, fréquemment, les jugements ouvrent la voie à la loi écrite, qu'ils en préparent les dispositions en montrant la nécessité d'une règle nouvelle, et en suggérant son contenu. » « N'est-ce pas ainsi », comme on l'a écrit judicieusement, « par une évolution lente des faits, des jugements et finalement des textes, que le Droit est appelé à progresser ? », Fr. GÉNY, *Méthode*, t. II, n° 148, p. 50.

(Voy. pour les « limites judiciaires » des droits, ci-dessus, note 169.)

(179) *Ibidem*, p. 52. — Le problème du pouvoir prétorien, d'appréciation et d'interprétation du juge se pose comme une question de la révision des rapports classiques entre la loi et le juge et de l'interprétation de la loi (le juge intermédiaire, nécessairement actif, entre la règle rigide et abstraite et les besoins et circonstances auxquels elle s'adresse), et comme un aspect de la question des sources du droit positif (le « droit jurisprudentiel », la « crise de la loi »). — Cons. entre autres, GÉNY, *Méthode*, 2^e éd., t. I, n° 85, pp. 212-213; t. II, n° 176 *bis*, p. 183

D'une façon générale, la limitation judiciaire des droits, qu'on poursuit par l'application de la théorie de l'abus, se réclame de deux directives, la notion de *but* et l'idée de l'*équilibre des intérêts*.

La notion de but donne l'entière perspective de cette limitation; on cherche, derrière les institutions, leur but pratique et social; celui-ci donne le sens réellement logique des dispositions légales et de l'organisation des contrats, — et on confronte les résultats de cette interprétation téléologique avec les buts moraux et pratiques poursuivis par les activités individuelles. M. R. Demogue a eu l'occasion de définir l'activité du juge, dans le cadre des responsabilités et des préoccupations inspirées par cette méthode, comme un « acte de gestion de biens », une « administration judiciaire » (180).

L'idée de l'équilibre des intérêts, comme principe général de solution, est très amplement définie par le doyen Gény, dont nous invoquons ici la haute autorité : « Ce principe, qu'on peut appeler principe de l'équilibre des intérêts en présence, doit

et *passim*; — G. CORNIL, *Le Droit privé*, pp. 48 et s., 60, 75; — P. VAN DER EYCKEN, *Méthode positive*, n^{os} 108 et s.; — HAURIOU, *Police juridique et fond du Droit*, *Rev. trim.*, 1926, pp. 309-310. — Adde: Biagio BRUGI, *l'Abuso del diritto nel progetto di Codice delle obbligazioni e dei contratti* (dans *Studi in onore di Alf. Ascoli*, 1931, pp. 81 et s.): « l'homme de loi devra établir de cas au cas, si une faculté doit être admissible par rapport à sa fin. L'intervention de l'arbitre dans tous ces cas exprime non pas un opportun expédient pratique, mais une nécessité dérivant de l'inévitable indétermination théorique du Droit ».

(180) « Le jugement ne doit donc plus être simplement déductif, il doit être inspiré par une idée de finalité; le juge ne constate pas seulement, il fait un acte de gestion de biens, en prenant des mesures pour leur sauvegarde, il fait de l'administration judiciaire. Dès lors, son juge-

guider le jurisconsulte interprète du droit, aussi bien qu'il guide le législateur ou les organes de la coutume, toutes les fois qu'à défaut d'un règlement privé, légitime et suffisant, il s'agit de statuer, d'autorité, les règles de conduite constituant l'organisation juridique positive. L'objet de celle-ci, en effet, n'est pas autre que de donner la satisfaction la plus adéquate aux diverses aspirations rivales, dont la juste conciliation apparaît

ment n'est plus seulement une constatation, un ordre muni de force exécutoire. Le juge a qualité pour travailler avec des larges pouvoirs à l'intérêt collectif, tout en cherchant à concilier le pouvoir avec la sécurité... » *Notions fond.*, p. 535; *Cpr. Rev. trim.*, 1907, pp. 525, 253; *Rev. trim.*, 1916, p. 519.

Cpr. F. GÉNY, *Méthode*, 2^e éd., t. II, n° 159, p. 89: « il s'agit de constituer par un effort scientifique, une sorte de droit commun, général par sa nature subsidiaire, par son office, qui supplée aux lacunes des sources formelles, et dirige tout le mouvement de la vie juridique... », et où, critiquant la notion de but — et la doctrine de R. von IHERING, propose la notion analogue de « nature des choses positive ». *Ibid.*, n° 173, p. 173, p. l'application de la notion de but à la théorie de l'abus; — P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interpr. jur.*, — qui fonde cette positivité sur la notion du but (voy. exposé dans F. GÉNY, *Op. cit.*, n° 194, pp. 279 et s.); — BONNECASE, *Pensée jur. fr.*, t. II, n° 396, p. 245, qui définit une méthode de délimiter la portée « objective » de la loi sur la double base de son texte et du but social qui l'a rendue nécessaire; *Précis Dr. civ.*, 1934, t. I, n° 133; *Humanisme, Classicisme, Romantisme dans la vie du Droit*, 1930, pp. 54 et s., où on distingue entre la conception exégétique du Droit, la conception historique et la conception organique ou scientifique; la méthode d'interprétation de la dernière étant fondée sur le but social des textes; — J. DABIN, *Philosophie de l'ordre jur. positif*, n° 29, pp. 109-110 (une méthode vise avant tout une philosophie du droit positif; celle-ci est une philosophie de l'action qui doit conduire, en chaque matière, à la règle la plus adéquate aux fins propres de l'ordre juridique); — L. JOSSE-RAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, etc., *passim*; — Biagio BRUGI, *Op. cit.*, *loc. cit.*

nécessaire pour réaliser la fin sociale de l'humanité. Le moyen général d'obtenir ce résultat consiste à reconnaître les intérêts en présence, à évaluer leur force respective, à les peser, en quelque sorte, avec la balance de la justice, en vue d'assurer la prépondérance des plus importantes, d'après un critérium social, et finalement d'établir entre eux l'équilibre éminemment désirable » (181).

*
**

La suite des considérations que nous avons faites jusqu'ici, nous la jugeons trop sinueuse et abstraite. Malheureusement, l'état actuel du problème de l'abus se prêterait difficilement à

(181) *Méthode*, 2^e éd., t. II, n^o 173, p. 167; *ibid.*, pp. 170-171, p. application du principe à la théorie de l'abus; — M. R. DEMOGUE, *Oblig.*, t. IV, n^o 681, pp. 369 et s.: « On peut estimer qu'il y a abus si on use de son droit pour un léger avantage, tout en causant à autrui un grave préjudice. Formule d'avenir fort séduisante qui rapproche la théorie de l'abus des droits de celle de l'état de nécessité. Il y a abus si l'intérêt général est lésé par le sacrifice d'un intérêt très fort à un autre faible. C'est bien une conception sociale de l'usage d'un droit »; — SALEILLES, *Oblig.*, n^o 171; — A. WAHL, Du motif légitime de rupture dans le contrat de louage de services, *Quest. pratiques de légis. ouvr. et d'éc. soc.*, 1903, pp. 163-164: «... le motif sérieux ou légitime, c'est affaire d'appréciation et il n'est pas défendu de penser que le motif n'est ni sérieux ni légitime lorsque l'auteur de la rupture, pour un très faible avantage qu'il tire de cette rupture, nuit considérablement à son co-contractant »; — R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques* (« exceptio non adimpleti contractus »), thèse, Paris, 1914, p. 424; — C. CAMPION, *Théorie de l'abus des droits*, n^{os} 415-416-429; — G. CORNIL, *Le Droit privé*, p. 104; — E. GOUNOT, thèse préc., pp. 210-211 (et références).

des conclusions plus serrées et d'une portée immédiatement pratique, sur les points de départ de sa construction (181 *bis*). Peut-être pourrait-on penser que la doctrine trop touffue et l'état presque chaotique de la question légitiment tout effort dans le plan rationnel et théorique. — Et ce qu'on peut encore retenir, de façon générale, est que les suggestions apportées par la thèse de l'abus pourraient être pensées aussi en dehors de l'art. 1382 C. c. et rattachées à d'autres notions statutaires du commerce juridique, telles que la bonne foi, ou la fraude (182).

(181 *bis*) Voy. M. H. CAPITANT, note D., 1926, III, 9, p. 10, col. 2.

(182) Pour les relations de la théorie de la fraude avec la théorie de l'abus des droits, cons. M. R. DEMOGUE, *Oblig.*, t. IV, n° 655, n^{cs} 173-174, p. 339, n° 687, p. 374; t. I, n° 343, pp. 539-540: la fraude peut consister dans tout usage d'un droit, anormal, poursuivant un *but illicite*; et si le moyen est licite en lui-même, la fraude ne sera qu'un cas spécial d'abus du droit; — Cpr. p. cette conception de la fraude, *Op. cit.*, t. VII, n^{os} 1129, 1137; — L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, etc., n° 105, n^{os} 299-300; *Les mobiles dans les actes juridiques*, n^{os} 171 et s.; — G. RIPERT, *La Règle morale*, n° 169; — PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, *Traité*, t. VI, n° 576.

CHAPITRE TROISIEME

THEORIE DE L'ABUS ET EXERCICE DES DROITS CONTRACTUELS

Le statut moral et social que la théorie de l'abus arrive à imposer à l'exercice des droits individuels, — et qu'on pourrait bien voir s'analyser dans des limites subjectives, ou même aboutir à des délimitations objectives des droits mal définis, dégagées par un effort d'élaboration jurisprudentielle, à défaut de dispositions législatives concrètes, — est accepté en matière contractuelle par la plupart des auteurs (183), qui n'y distinguent pas une situation particulière, différente des applications extracontractuelles.

En ce qui concerne le substratum, le noyau essentiel de la tendance, tel qu'on peut le voir dans son état actuel, la matière des contrats ne présente pas une caractéristique à part; ce qui justifie la longueur de nos développements antérieurs. Mais la limitation judiciaire et légale des prérogatives contractuelles offre un aspect caractéristique par rapport à l'ensemble des règles d'interprétation que la doctrine classique a tiré de la théorie de l'autonomie de la volonté — et qui convergent toutes à river le juge à une recherche de volonté et à restreindre ainsi, autant que possible, son indépendance envers le texte

(183) Voy. sur l'abus contractuel en Droit romain: Ch. APPLETON, *Rev. intern. de l'Enseign.*, mai-juin 1924, pp. 156-158; — L. CAMPION, *Op. cit.*, n° 18.

contractuel. La plupart des notions légales qui lui auraient accordé un pouvoir d'appréciation sur le contenu du contrat et sur la conduite des parties, telles que principalement la bonne foi et l'équité, ont été ramenées toujours, par un effort d'exégèse, dominé par l'inspiration individualiste et par la crainte de l'arbitraire, soit à l'intention du législateur, soit à celle des parties.

Les applications de la théorie de l'abus dans la matière contractuelle paraissent signifier l'affranchissement de la jurisprudence de ce qu'il y avait d'excessif dans la passivité qu'on voulait lui imposer dans l'appréciation et l'interprétation, autant de l'ensemble du contrat que de ses clauses particulières. Affranchissement qui peut rentrer dans l'esprit du Code et dans sa lettre, — et nous visons principalement l'article 1134, troisième alinéa, et l'article 1135 C. c.; — ce qui n'est pas toutefois sans modifier directement certaines idées reçues. Il s'y agit d'un assouplissement du principe nécessaire de la liberté contractuelle, doublé de celui de l'autonomie de la volonté, à des exigences de nature morale et sociale et parfois même de la limitation de leur portée — et encore du contrôle, similaire, du jeu de la volonté à l'intérieur des facultés légales imposées dans certains contrats.

Nous nous attacherons à relever quelques-uns des cas plus

(184) Cons. MM. L. JOSSEKAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, pp. 116 et s., — qui étudie la matière en la classifiant suivant l'évolution de l'engagement contractuel: période précontractuelle, pér. de la conclusion, pér. de l'exécution, pér. de dissolution et pér. post-contractuelle; — R. DEMOGUE, *Oblig.*, t. IV, pp. 340 et s., qui étudie l'abus à propos de la formation, de l'exécution et de la rupture des contrats; — Adde: L. et H. MAZEAUD, *Traité de resp. civ.*, t. I, n^{os} 582 et s.; — L. CAMPION, *Théorie de l'abus des droits*.

caractéristiques de ce mouvement. Une étude d'ensemble et de classification de l'état encore sporadique de la jurisprudence et de la législation en la matière, ne pourrait que faire double emploi avec les présentations systématiques de l'abus contractuel faites récemment par d'éminents maîtres (185) ; et quant aux très diverses spéculations possibles sur les incidences de la théorie de l'abus dans le domaine complexe des obligations contractuelles — en dehors du point de vue choisi — un résultat utile n'y serait atteint que dans le cadre d'études monographiques s'appliquant minutieusement dans la matière de chaque contrat spécial.

(185) Pour le point de vue synthétique qui ramène à la tendance de l'abus, on en souligne les affinités essentielles, nombre d'institutions légales ou jurisprudentielles ayant la mission de sauvegarder la finalité sociale sous-jacente des obligations conventionnelles : — en matière de la responsabilité précontractuelle ; — en période de la conclusion du contrat : la théorie des vices du consentement, la fraude des contractants envers les tiers créanciers (action paulienne), la tierce complicité, la concurrence déloyale, le transfert frauduleux des droits sujets à un régime de publicité ; le retrait litigieux, la théorie jurisprudentielle de la cause illicite ou immorale ; — dans l'exécution des contrats : le terme de grâce, la question de la révision législative ou judiciaire des contrats (moratoires légaux, théorie de l'imprévision), la réduction judiciaire des honoraires du mandataire, du médecin, etc., les dommages-intérêts supplémentaires payés par le débiteur de mauvaise foi (art. 1153 C. C.), les tempéraments au principe légal du paiement intégral obligatoire par le terme de grâce et la faillite ou concordat, l'interprétation restrictive des clauses de non-garantie en matière de vente et de la clause de garantie imposée au cédant (art. 1694-1695 C. C.), la nécessité de la sommation dans le cas de pacte comissoire exprès dans la vente d'immeubles (art. 1656 C. C.), clauses de non responsabilité, etc.), — voy. MM. L. JOSSERAND, *Op. cit.* ; — L. CAMPION, *Op. cit.* — Adde : L. et H. MAZEAUD, *Op. cit.*, n° 585 et t. II, n° 2522, pour la discussion des clauses de non resp. contractuelle au point de vue de la théorie de l'abus.

La revue que nous entreprenons sera limitée aux cas proprement dénommés « abusifs », jurisprudentiels et légaux; en délaissant les diverses hypothèses de responsabilité ou les motifs d'intervention légale et judiciaire qui peuvent être inscrites seulement par un effort doctrinal et abstrait dans le cercle des idées générales de l'abus.

Pour caractériser ces cas d'abus, nous nous inspirerons des critères admis, d'une manière générale, par la conception extensive de l'abus. L'abus par l'intention de nuire est absolument admissible quand celle-ci est démontrée par l'absence d'intérêt du titulaire à poursuivre l'exercice de son droit, ou bien quand les circonstances de l'espèce permettent de la saisir nettement; le manquement aux diligences normales ou à l'exigence d'une prudence normalement requise dans une situation déterminée, la répression de l'exercice immodéré, nous paraît également entrer dans les possibilités du juge exercé aux appréciations de la faute, autant *in abstracto* qu'*in concreto*, en matière contractuelle et quasi délictuelle ordinaire et en matière contractuelle. Quant aux « mobiles illégitimes » ou « défaut d'intérêt légitime », visant directement la finalité, le sens social, normal du droit, — nous croyons que l'effort jurisprudentiel de délimitation des droits, d'analyse des textes imparfaits dans le sens de l'ordre social optimal et de l'éducation morale est possible et même souhaitable; surtout quand on peut envisager à la longue une stabilisation de la jurisprudence dans chaque domaine soumis à son appréciation (186).

(186) Le contenu de la théorie est formé par la matière des critères choisis pour la caractérisation de l'usage illicite du droit. Les deux camps opposés, — inspiration individualiste classique et inspiration socialisante, — se retrouvent dans la controverse entre les conceptions restrictives et

Section I

ABUS CONTRACTUEL ET PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

Dans la jurisprudence et dans la législation, on peut distinguer deux sortes de rapports entre la répression et l'usage immoral, ou immodéré, ou anti-social du droit et le principe de l'autonomie de la volonté. Un rapport d'exclusion, d'abord :

les conceptions extensives de l'abus, admettant dans des degrés différents le contrôle judiciaire de l'initiative du juge. — Une classification est possible par la nature de ces critères: *subjective*, tenant à la mentalité de l'agent (intention de nuire, faute quasi-délictuelle, détournement intentionnel du but social, ou *objective*, tenant à des éléments extérieurs à l'agent (absence pure et simple d'intérêt, détournement non intentionnel) ; — le détournement intentionnel du but social du droit participant des deux catégories.

Nous préférons exposer d'une manière sommaire et sans indiquer les critiques réciproques, l'état de la doctrine plus récente qui discute les notions jurisprudentielles de « motifs légitimes-illégitimes, cause légitime-illégitime, intérêt sérieux, défaut d'intérêt légitime », en classifiant la matière autour de la notion d'intérêt qui fait mieux ressortir les points du débat.

A) EXERCICE DU DROIT SANS INTÉRÊT POUR LE TITULAIRE. —

1^o La première situation possible est le *défaut d'intérêt*, exercice gratuit du droit. — que nous distinguerons du défaut d'intérêt « légitime ». Ordinairement, on le déclare abusif en soi (voy. L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois*, etc., n^{os} 281-287: critère « économique » faute q.-délict. lourde, assimilable au dol.; — PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, *Traité*, t. VI, n^o 575: faute q. délict. lourde; — BONNECASE, *Suppl. à Baudry-Lacantinerie*, t. II, n^o 230, *idem*; — J. BRETHER, Note sous Req., S. 1925-1-217: qui en fait le critère exclusif, afin d'objectiver la théorie et de restreindre l'emprise du juge. — Cpr. CAPITANT, *Cours*,

la théorie de l'abus est invoquée afin de restreindre le domaine de la liberté contractuelle et de la théorie de l'autonomie; un rapport de composition ensuite : la théorie de l'abus sert au

1^o éd., t. II, n^o 198; — G. FERRON, note au S. 1905-2-17, etc.). Nous considérons que le critère, pris en soi, correspond à une hypothèse purement logique, un intérêt pouvant presque toujours être argué, et alors on tombe dans l'hypothèse différente du défaut d'intérêt « légitime ». — 2^o La constatation du défaut d'intérêt a une autre importance: il accompagne ordinairement l'intention de nuire, dont il n'est que la preuve négative, intrinsèque, seule pratique parfois. Les tribunaux le retiennent presque toujours dans ce sens. Les auteurs sont d'accord à accepter l'intention de nuire comme critère très net de l'acte abusif, même par cette voie de présomption. (Voy. L. JOSSERAND, *Op. cit.*, pp. 312 et s., note au D. P. 1913-2-177; — G. RIPERT, *La Règle morale*, etc., n^o 97; — PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, *Op. cit.*, n^o 575; — BONNECASE, *Op. cit.*, loc. cit.; — COLIN-CAPITANT, *Op. cit.*, n^{os} 195 et s.

B) EXERCICE DU DROIT AVEC INTÉRÊT POUR LE TITULAIRE. — L'existence d'un intérêt « sérieux » dans l'exercice du droit ouvre les difficultés. Nous distinguons: 1^o) CONCEPTION RESTRICTIVE de l'abus admettant comme seul critère de l'abus l'intention de nuire — et qui comporte deux degrés: 1^o l'existence d'un intérêt est exclusive d'abus: donc, l'intérêt de nuire ne doit pas concourir, en tant que mobile, avec un but intéressé et admissible (Concl. pr. gén. RONJAT, au D. P. 1892-1-449; — J. BONNECASE, *Précis Dr. civ.*, t. II, n^{os} 345 à 347; — G. RIPERT, Abus ou relativité, etc., *Rev. crit.*, 1929, n^{os} 7 et s.; — J. DABIN, L'abus des droits et la resp., *Belg. jud.*, 1921, col. 325-326; — COLIN-CAPITANT, *Op. cit.*, n^o 198. — Cpr. G. RIPERT, *La Règle morale*, etc., n^o 98; — PLANIOL-RIPERT, *Traité*, 2^e éd., t. II, n^o 871 ter). — 2^o L'existence d'un intérêt n'est pas exclusive d'abus: on y distingue l'intérêt « sérieux, appréciable » qui valide l'acte, de celui qui n'a pas ce caractère et qui engage la resp. (Voy. R. DEMOGUE, *Oblig.*, t. IV, pp. 370-371: l'existence d'un intérêt sérieux a de l'importance surtout en matière de preuve; — L. JOSSERAND, *Op. cit.*, n^{os} 227-228: abus si intérêt trop éloigné; autrement recherche du mobile déterminant; — PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, *Op. cit.*, n^o 575: on doit rechercher s'il y a équilibre entre le profit et ce qui est illégitime dans l'intérêt; — L. et H. MAZEAUD, *Op. cit.*, n^o 567. — Cpr. R. SALEIL-

juge à intervenir en son nom et à corriger, sous couleur d'interprétation, l'effet trop rigoureux donné aux clauses consenties qui impliquent une option — ou, encore, à contrôler le jeu de la volonté à l'intérieur des facultés, contenant toujours une possibilité d'option, que la loi prescrit dans le contenu de certains contrats.

21°, *Les acc. du trav. et la resp. civ.*, p. 6; *Th. de l'Oblig.*, 1^{re} éd., n° 310, p. 346; *De l'abus du droit*, Rapp. comm. de révision C. C., *Bull. Soc. Et. législ.*, 1905, p. 325). — II) CONCEPTION EXTENSIVE: doctrine qui admet encore, en dehors de l'int. de nuire, des cas d'abus caractérisés par d'autres critères que celui-ci purement subjectif. 1° *Exercice imprudent, maladroit, incorrect, manquant de diligence*: on le regarde simplement comme une faute quasi-délictuelle, commise dans l'exercice d'un droit, qui rend compte d'une bonne partie des « mobiles légitimes ». (Voy., entre autres, L. JOSSERAND, *Op. cit.*, pp. 355 et s., critère « technique » d'opportunité; — L. et H. MAZEAUD, *Op. cit.*, n°s 576, 441; — G. RIPERT, *La Règle morale*, etc., n° 96; — COLIN-CAPITANT, *Op. cit.*, n°s 195 et s.; — H. CAPITANT, *De l'oblig. de voisinage*, etc., *Rev. crit.*, 1900, p. 156. — Cpr. R. DEMOGUE, *Oblig.*, t. IV, pp. 369 et s. — 2° *Détournement du droit de sa signification sociale ou économique*, catégorie exprimée spécialement par les mobiles « illégitimes », le « défaut d'intérêt légitime » et qui implique les hypothèses précédentes. Nous sous-distinguons: a) *détournement intentionnel*: hypothèse qui participe à la nature de la fraude (voy. spéc. PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, n°s 346, 576); b) *détournement non intentionnel* (voy. pour ces deux dernières catégories, — en autres: L. JOSSERAND, *Op. cit.*, n°s 292 et s., 300 et s., critère « fonctionnel »; *Cours*, t. II, n° 432, note au D. P. 1906-II-105; — R. DEMOGUE, *Op. cit.*, p. 372; — F. GÉNY, *Méthode*, 2^e éd., t. II, n° 174, pp. 172-173; note au P. F. 1896-I-340; — R. SALEILLES, *Th. de l'Oblig.*, 2^e éd., n° 310, p. 34 en note; — G. CORNIL, *Le Droit privé*, pp. 103-104).

§ I

L'ABUS LIMITATIF DE L'AUTONOMIE

La limitation de la liberté individuelle dans la matière des contrats, réalisée judiciairement ou légalement, avec les moyens suggérés par la théorie de l'abus des droits, peut-être explicitement relevée surtout dans la répression des refus d'embauchage opposés par les patrons aux ouvriers syndiqués et dans la limitation du droit du bailleur de refuser à consentir un nouveau bail à son locataire commerçant.

Refus d'embauchage opposé à l'ouvrier syndiqué

L'application de la théorie de l'abus dans cette matière est très significative; l'abus sert de tampon entre deux libertés inconciliables dans leurs acceptions absolues; — entre la liberté contractuelle, règle certaine dans l'état actuel du droit, et la liberté syndicale, fondée sur les dispositions de la loi de 1884, qui a abrogé l'art. 416 du Code pénal punissant le délit de coalition. Le législateur a hésité à intervenir d'une façon précise sur ce point des rapports entre patrons et ouvriers, qui retentit encore de l'écho des luttes sociales (187). Mais la jurisprudence a cherché les moyens d'une transaction, le droit de se syndiquer risquant de rester caduc, en fait, si l'ouvrier était obligé par le patron — désireux d'éviter toute influence

(187) Des propositions et projets de loi tendant à établir la défense de la liberté syndicale et de constituer un délit du refus d'embauchage des ouvriers syndiqués, — en se fondant sur le caractère social et public de la loi de 1884, — ont échoué; la proposition Bosier-Lapierre, mai 1890, le projet Waldeck-Rousseau, 14 nov. 1899. — (Voy. PLANIOL, note sous Req., 13 mars 1905, D. P. 1906-1-113; — L. CAMPION, *La Théorie de l'abus des droits*, n° 144.)

du syndicat dans son entreprise ou même mal intentionné — à opter entre sa possibilité de travailler et l'exercice, moins substantiel, de cette faculté légale. D'un autre côté, le droit d'initiative et de disposition du patron, justifié en soi et par les nécessités de l'entreprise, ne devrait pas être trop gêné.

Les tribunaux ont fait appel à la théorie de l'abus et à la notion de la faute, pour départager ces deux droits. On accepte, ordinairement, le droit du patron de trier ses ouvriers (188), donc de se refuser à embaucher un ouvrier pour le motif qu'il est syndiqué, et même conclure des clauses de non-syndicalisation (189). Mais on pose, parallèlement, le principe que ce droit peut dégénérer en faute et que la responsabilité du patron peut être donc engagée envers le syndicat. La faute est retenue d'une manière explicite par l'existence de l'intention de nuire, déduite ordinairement du refus qui n'est pas motivé par des mobiles légitimes (190) ; donc, au premier abord, on s'y arrête à des considérations subjectives (191). Mais la théorie de l'abus peut rendre compte plus amplement de cette solution par la notion de but ; par « mobiles légitimes », on vise surtout

(188) Voy. PLANIOL, note sous Aix, D. P. 1911-2-385.

(189) Voy. PLANIOL, note Aix préc. — Adde NAQUET, note au S. 1912-2-97.

(190) Bordeaux, 14 déc. 1903, S. 1903-6-19, note G. FERRON ; — Req. Cass., 13 mars 1905, D. P. 1906-1-113, note PLANIOL, S. 1905-2-17, note G. FERRON ; — Com. Epernay, D. P. 1908-2-73 et note L. JOSSERAND ; — T. Aix, 31 déc. 1910, S. 1912-2-97 et note NAQUET ; D. P., 1911-2-382 et note PLANIOL ; — Civ., 9 mars 1915, 5-1915-1-72, D. 1916-1-25 et note H. CAPITANT ; 24 oct. 1916, D. 1916-1-247, S. 1920-1-17 et note J. BONNECASE ; — T. Seine, 12 déc. 1922, G. P. 1923-1-46.

(191) Voy. L. JOSSERAND, note du D. P. 1906-11-73.

l'exigence d'un intérêt professionnel (192) ; en fait, les tribunaux mêlent les deux considérations, adoptant une position intermédiaire : l'exercice du droit de refus d'embaucher un ouvrier qui est syndiqué est légitime, tant que le patron peut arguer d'un intérêt ayant trait à la profession (193).

On arrive ainsi à concilier dans une certaine mesure ces droits opposés, à leur tracer une démarcation souple fournie par la théorie de l'abus (194). C'est la solution mineure d'un conflit inévitable : d'un point de vue rationnel, l'existence du droit syndical limite *ipso facto* la liberté contractuelle du patron sous son aspect négatif (194 bis) ; — on a admis qu'il la limite au moins dans la mesure où celui-ci ne voudrait de façon délibérée et malveillante, en tenir compte. L'équilibre réalisé dans la jurisprudence par le moyen technique de l'abus remplace peut-être avantageusement — (tout en tenant compte des difficultés inévitables, à définir l'intérêt « légitime »), — une solution légale de principe qui ne pourrait, pour maintenir la liberté syndicale, que trancher brutalement sur le droit du patron de se refuser à traiter avec un ouvrier syndicalisé.

La « propriété commerciale » : limitation du droit du bailleur de refuser le renouvellement du bail commercial. — La loi du 30 juin 1926, interprétée et corrigée par les lois du

(192) MM. R. DEMOGUE, t. IV, p. 391, t. n° 562 ; — L. JOSSEMAND, *De l'esprit des Droits*, etc., pp. 118 et s. ; — Cours, t. II, n° 1266 ; note au D. P. 1908-11-73, préc.

(193) Voy. Req., préc., S. 1905-2-17 et note M.-G. FERRON (La liberté du patron de faire travailler qui il veut est limitée à la sauvegarde de ses intérêts et ne lui permet pas de nuire sans intérêt à un syndicat).

(194) Contra, PLANIOL, *Traité*, 11^e éd., t. II ; n° 872, p. 218 ; — G. RIPERT, *La Règle morale*, etc., n° 100, p. 169.

(194 bis) Voy. note 195, à la page 155.

22 avril 1927, 27 mars 1928, 13 juillet 1931, a créé au profit du locataire commerçant ou industriel un système d'indemnités qui le protège contre le refus discrétionnaire du bailleur de lui renouveler le bail arrivé à expiration ou à la fin du délai de prorogation; c'est ce qu'on a nommé, d'une façon métaphorique, la propriété commerciale.

Les raisons foncières de cette mesure sont inspirées par la théorie de l'abus du droit et celle de l'enrichissement sans cause, et sont à chercher dans le souci du législateur d'assurer un équilibre équitable des intérêts en présence: le droit de disposer du bailleur et de négocier librement le prix du nouveau bail sont mis en balance avec l'augmentation de la valeur locative de l'immeuble, par l'achalandage et par les aménagements et investitions que le locataire commerçant a créés, et avec les intérêts du dernier de continuer à profiter de ses efforts. La loi cherche, par un complexe de règles, à sauvegarder l'intérêt le plus important de ce conflit; le système de préférence est fondé

(195) En l'absence d'un texte catégorique, on a pu soutenir le contraire; voy. PLANIOL, note préc. au D. P. 1906-1-113; — J. DABIN, *Belg. Jud.* 1921, n° 31 : (à défaut d'une exception légale, la liberté syndicale doit céder); — Cpr. G. RIPERT, *Rev. crit.*, 1909, p. 148; — G. FERRON, note préc., S. 1905-2-17; — R.-L. MOREL, Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles, *Rev. trim.*, 1908, pp. 289 et s.

Mais cpr. les auteurs cités à la note 192, et J. DABIN, *Belg. jud.* 1924, col. 560.561 qui considère les conclusions posées précédemment, *ibid.* 1921, comme trop absolues et revient à admettre que les solutions jurisprudentielles peuvent être appuyées directement sur la législation syndicale (pour éviter la théorie de l'abus) parce que « le droit syndical devient illusoire si on consacrait de pareils risques à l'ouvrier », et que « si le patron a le droit de détourner les ouvriers du syndicat, il peut bien recourir aux moyens de persuasion, mais non à la contrainte de la faim ».

sur la comparaison, la relativité de ces intérêts et pivote autour de la notion du « motif grave et légitime ». La loi requiert, — pour exonérer le bailleur de l'indemnité due pour le préjudice causé par le défaut de renouvellement, — l'existence de ces motifs légitimes, d'une manière générale, dans l'article 4, et en organise elle-même une partie dans l'article 5 (occupation par le bailleur, personnelle et effective) des locaux loués, même en vue d'une affectation commerciale ou industrielle, ou occupation par des parents limitativement déterminés, ou pour reconstruction de l'immeuble) (196).

Le résultat est de restreindre l'absolutisme du droit de ne pas contracter, dans la mesure où il pourrait être exercé trop égoïstement par le bailleur. Néanmoins, celui-ci reste théoriquement maître, ayant toujours la possibilité ou de refuser à son locataire le renouvellement pour des motifs légitimes, ou

(196) Ce droit de reprise, dans les circonstances déterminées par la loi a été considéré comme absolu, sauf le contrôle postérieur fondé sur le 4^e alinéa de l'art. 5 ; — Dijon, 21 février 1928, D. H. 1928, 310 ; — T. civ. Oise (sec. Beauvais), 11 janvier 1927, D. H. 1927, 218 ; — Paris, 28 avril 1930, D. H. (somm.) 1931, 25.

Par voie d'association, nous rappelons le droit de reprise admis par la loi du 1^{er} avril 1926, mod. par les lois du 21 juill. 1927, 29 juin 1929, 10 février 1933, qui accorde le droit de prorogation en matière de baux d'habitation. L'art. 5 établit le motif d'occupation personnelle du bailleur et prévoit immédiatement les abus : la reprise peut être refusée par le juge, au propriétaire qui l'invoque « non pas pour satisfaire un intérêt légitime, mais dans l'intention de nuire à l'occupant ou d'élucider les dispositions qui régissent la détermination du prix du loyer » (art. 5, 4^e al.), et qui impartit, encore, un délai d'occupation, sanctionné par la déchéance de la reprise, amende et indemnité. Dans l'art. 21, on établit la reprise pour construction, toujours accompagnée d'un délai.

de le refuser avec l'obligation de payer l'indemnité fixée par la loi (197).

Trois indemnités sont prévues afin d'assurer le dédommagement du locataire sortant (198) : une indemnité d'éviction est établie dans les articles 4 et 5 pour le cas où le refus n'est pas motivé suivant le vœu de la loi, ou si la reprise est exercée en vue d'agrandissement de locaux de commerce ou de l'industrie du propriétaire, même concurremment avec l'intention de reconstruire ; la loi prévoit encore, dans l'hypothèse où la reprise a été exercée pour un usage commercial ou industriel des lieux, une indemnité jusqu'à la concurrence du profit retiré de la plus-value apportée à la valeur locative de l'immeuble (avec option de remise en état) ; une indemnité d'enrichissement, enfin, quand, dans les cinq ans qui suivent l'expiration du bail, le nouvel occupant, le propriétaire ou un tiers, tire des avantages de l'achalandage et de la clientèle créés par le locataire évincé en exerçant un commerce ou une industrie similaire dans les

(197) Civ., 10 juin 1929, D. H., 1929, 377 (sous la réserve du droit à indemnité du locataire, pour refus sans motifs graves et légitimes, la loi n'impose pas au bailleur de renouveler contre son gré, le bail expiré) ; — T. civ. Seine, 26 janvier 1929, D. H., 179 (l'obligation établie par la loi est « facultative », la libération étant possible par l'indemnité d'éviction. Donc, il n'y a pas de fondement légal pour la condamnation du propriétaire à renouveler et pour des astreintes à cette fin).

(198) Cons. A. TRASBOT, La Propr. comm., *Revue dr. comp.*, 1926, p. 121, diss. au D. P. 1929-1-113 ; — L. ROPERS, du juste motif de refus de renouvellement et du droit de reprise dans les baux commerciaux, *Rev. trim.* 1933, pp. 35 et s. ; — L. et H. MAZEAUD, *Resp.*, 2^e éd., t. 1, n° 556, 586 ; COLIN-CAPITANT, *Cours*, 7 éd., t. II, n° 679 et s. ; — L. JOSSERAND, *Cours*, t. II, n° 1234 ; — Adde JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Rapport, *Bull. Soc. ét. législ.*, 1923.

lieux loués. Des mesures complémentaires visant toujours d'autres possibilités d'abus, veillent à ce que les intérêts argués par le propriétaire exerçant la reprise soient sincères et effectifs, et dont on doit remarquer la disposition générale de l'article 5, 4^e alinéa, qui donne droit à l'indemnité d'éviction si on établit à la charge du propriétaire l'exercice frauduleux de la reprise.

L'existence des motifs jugés graves et légitimes, qui exonèrent de l'obligation d'indemnité d'éviction prévue par l'article 4, doit être retenue et appréciée par le juge. Les tribunaux ont retenu, par exemple, des manquements aux obligations contractuelles du locataire, tels que le changement de destination des lieux loués ou autres violations des clauses consenties (199), ou des faits étrangers à l'exécution du bail (200). Inversement, on considère qu'il y a absence de motifs de refus quand les allégations de violation des obligations découlant du bail ne

(199) T. Comm. Seine, 15 nov. 1928, D. H. 1929, 60 (transformation d'un local, loué pour concerts et spectacles en bal public) ; — T. comm. Eure-et-Loire, 26 juill. 1928, D. H. 1928, 535 (transf. des locaux loués en maisons de rendez-vous, par dérogation aux clauses du bail) ; — Lyon, 30 oct. 1929, D. H. (Somm.) 1930, 42 (violation de la clause du bail, qui interdisait au locataire de vendre des articles tenus par d'autres locataires commerçants du même immeuble) ; — T. comm. Seine, 2 nov. 1928, D. H., 1929, 123 (le locataire a causé un grave préjudice, en empêchant abusivement, dans le seul but de nuire au bailleur, des travaux nécessaires à l'immeuble) ; — Paris, 27 nov. 1930, D. H. 1931, 58 (le locataire a consenti une sous-location sans demander l'autorisation requise du propriétaire) : *adde*, pour ce cas, *Rev. trim.*, 1931, p. 146 et références) ; — L. ROPERS, *op. cit.*, *loc. cit.*

(200) Req. 1^{er} févr. 1933, G. P., 1933-1-816 (injures apportées au bailleur, même en dehors des lieux loués ; Voy. L. et H. MAZEAUD, t. I, 2^e éd., n^o 558).

sont pas fondées (201), ou quand, de façon générale, le propriétaire ne peut pas invoquer des griefs contre son locataire (202).

§ II

L'ABUS CORRECTIF ET INTERPRÉTATIF DE LA VOLONTÉ

Bail. — Clauses restrictives du droit de sous-louer ou céder le bail. — L'article 1717 C. C., qui dispose supplétivement que le preneur a le droit de sous-louer ou céder le bail, déclare dans son 3^e alinéa la clause contraire « de rigueur ». Mais la jurisprudence arrive, dans ses solutions, à une position assez éloignée de la teneur apparente de cet article, — en admettant, dans une bonne partie des cas, le locataire à discuter la clause consentie au bailleur, — quand celui-ci abuse de son droit, et même à passer outre par autorisation de justice.

La conciliation entre cette jurisprudence et la disposition du 3^e alinéa de l'article 1717 a été tentée, en donnant aux mots « de rigueur » une acception limitée à l'étendue de l'interdiction dans le sens que la défense de céder n'emporte pas celle de sous-louer et réciproquement: argument *a contrario* fondé sur

(201) T. Comm. Seine-Inf., 11 juill. 1927, D. H. 1927, 15 (il n'y a pas changement réel de destination des lieux loués) ; — T. Comm. Seine, 27 octobre 1930, D. H. 1930, 61 (invocation abusive de l'absence d'autorisation pour cession, quand le bailleur a reçu pendant plusieurs années des quittances de loyer au nom du cessionnaire du bail).

(202) Paris, 27 oct. 1928, G. P. 1929-1-250 (voy. C. et H. MAZEAUD, 2^e éd., t. I, nov. 586, p. 552, note 2, — pour les cas de jurisprudence).

le principe que les dérogations au droit commun sont de stricte interprétation (203).

Le fait est que la jurisprudence distingue plusieurs degrés dans le pouvoir d'interdiction consenti au bailleur et demande souvent au bailleur les « motifs légitimes et sérieux » de son refus. Avec le concours de la doctrine on est arrivé à distinguer deux situations, deux genres de clauses : des clauses prohibitives, qu'on laisse sous l'application de l'article 1717, et des clauses simplement limitatives (204). Quelques opinions et de rares décisions s'opposent encore à cette distinction (205).

(203) COLIN-CAPITANT. *Cours*, 7^e éd., t. II, n° 669, qui déclare en ce sens que le 3^e al. de l'art. 1717 veut dire, d'abord que « tout ce qui n'est pas interdit par le contrat est permis » et, ensuite, que le juge n'a pas dans cette matière de pouvoir modérateur ; cpr. E. H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence*, t. I, p. 273 (« interprétation déformante »).

(204) Voy. MM. R. DEMOGUE, *Oblig.*, t. VI, n° 24, p. 342, t. VI, p. 342 ; — L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, etc., n° 129, *Cours*, t. 55, n° 1230-1231 ; note au D. P. 1923-2-169 (où l'on trace un tableau de l'évolution des opinions doctrinales) ; — L. et H. MAZEAUD, *Resp.*, 2^e éd., t. I, n° 586 ; — R. SAVATIER, L'interdic. de sous-louer ou céder le bail, *D. hebdom.*, 1928, chr., p. 29 ; — LAGARDE, *Clauses réservant l'agrément d'un tiers p. la cession des droits*, *Rev. crit.*, 1928, p. 21 ; — Note anonyme au D. P. 1924-1-17 (tableau d'évolution de la jurisprudence et des opinions doctrinales).

(205) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Du contrat de louage*, 3^e éd., t. I, n° 1082 ; — AUBRY et RAU, t. IV, § 398, p. 492 (sous-distinction entre la clause de consentement et la clause d'agrément, seule la dernière pouvant être soumise au contrôle judiciaire) ; — Cpr. COLIN-CAPITANT, *o. cit.*, *loc. cit.* ; — T. Civ. Rhône, 14 oct. 1926, D. H. 1926, 32 (il n'y a pas de distinction à faire entre la clause d'interdiction de sous-louer ou céder et la clause d'autorisation. La seconde formule a pour but uniquement d'accentuer la prohibition de la première pour éviter l'équivoque des acceptations tacites) ; — Rennes, 6 févr. 1922, C. C. 1923-1-663 ; — Cpr. Amiens, 22 juin 1928, D. H., 1928, 533.

Les clauses prohibitives de sous-location ou cession sont censées poser une interdiction de principe pure et simple, absolue, qui ne comporte donc aucun contrôle sur les motifs qui détermineraient le bailleur à refuser son autorisation: le contrat peut être considéré comme conclu *intuitu personæ* ainsi qu'un refus ne saurait constituer une faute; la clause, dans ces conditions, lie même le bailleur, par conséquent, un consentement de sa part signifierait modification du contrat (206).

Les clauses simplement restrictives, limitatives, sont celles qui ne tranchent pas nettement, mais subordonnent l'acte à l'agrément ou au consentement du bailleur. Elles laissent, suivant les auteurs et la jurisprudence, la possibilité d'un contrôle sur les mobiles qui ont déterminé le bailleur à refuser la demande du preneur. Si la réalisation de cette faculté contractuelle n'a pas été commandée par des motifs légitimes et sérieux, ou par des griefs légitimes, — le sous-locataire ou le cédant offrant les garanties désirables de solvabilité et de convenance, — les juges ont considéré qu'elle a été détournée de son sens raisonnable et social, et ils ont conclu le plus souvent à l'intention de nuire: on a constaté, d'une façon concrète, dans certaines espèces, la volonté du bailleur de chantage le locataire, afin d'obtenir une augmentation du loyer (207). La privation

(206) M. L. JOSSERAND, *Cours*, t. II, n° 1231, Req. 29 déc. 1928, D. H. 1929, p. 67.

(207) Voy. pour l'exigence du « mobile sérieux et légitime », Colmar, 12 avril 1864, S. 64-2-286 ; — Paris, 18 mars 1892, D. P. 92-2-521 et note PLANIOL ; — Req., 31 oct. 1923, D. P. 1923-1-205 ; — Cass., 18 févr. 1924, S. 1924-1-37 et note ESMEIN (et *Rev. trim.*, 1924, p. 719) ; — Req., 19 nov. 1924, G. P. 1925-1-47 ; — Lyon, 19 nov. 1924, G. P. 1925-1-203 ; — Req., 16 nov. 1927, D. P. 1928-1-61, rapp. cons. BRICOUT ; mai, 4 avr. 1927, 407 ; — T. Civ. Seine-Inf., 23 fév. 1929, D. H. (somm.)

de la faculté de sous-louer ou de céder son droit au bail est plus facilement mise en discussion par la jurisprudence, même sous couleur d'exception, quand elle est intervenue à l'occasion d'un local affecté à une exploitation commerciale, parce que le droit au bail est un élément important de la valeur du fonds et l'impossibilité de cession influencerait d'une façon considérable cette valeur (208).

Néanmoins, on impose fermement au locataire de solliciter l'autorisation du bailleur, dans des conditions fixées au contrat (autorisation expresse et écrite, etc.). Le refus d'autorisation qui s'ensuit ouvre un recours en justice, qui pourrait aboutir à une réparation en nature par la substitution de l'autorisation du tribunal à celle du bailleur (209). Toute initiative du locataire, en dehors de cette procédure, et qui méconnaîtrait la

1930, 19 ; — Req., 21 janv. 1930, D. H. 1930, 148 ; — T. Civ., Rouen, 21 janv. 1931, D. H. 1931, 175 ; — Nancy, 14 janv. 1931, D. H. (somm.) 1931, 47.

(208) Voy. MM. R. DEMOGUE, *Oblig.*, t. VI, n° 24 ; P. ESMEIN, note au S. 1924-1-57 ; R. SAVATIER, note préc. ; — L. JOSSERAND, note au D. P. 1923-2-173 ; — Rouen, 24 juin 1881, S. 1882-2-187 ; — Lyon, 5 juin 1924, D. H., 1924, 521 ; — Rennes, 19 juill. 1927, D. H. 1927, 549 ; — Paris, 5 avril 1927, D. H. 1027, 407 ; — T. Civ. Alpes-Maritimes, 7 mars 1928, 378 ; — Douai, 5 avr. 1927, D. H. 1927, 407 (le droit au bail constituant un des principaux éléments du fonds, la défense absolue de sous-louer ou de céder équivalait à la privation du preneur d'un gain légitime) ; — Mais *cpr. Rev. trim.* 1931, pp. 144-145.

(209) L. JOSSERAND, note préc. ; SAVATIER, *Chr. préc.*

clause de consentement, peut donner lieu à la résiliation du bail à ses torts (210).

Quant à la portée de la clause, on a jugé parfois que c'est une question d'interprétation à la fois de la nature de la convention (élément prédominant dans les baux commerciaux) et de la volonté des parties (211) ; dans d'autres cas, on considère le rapport de proportion, en faisant un jugement *a fortiori* ; par exemple, que la clause d'interdiction de sous-louer emporte la prohibition de céder le bail (212).

Les tribunaux fondent la distinction entre les clauses d'interdiction absolue et les clauses simplement restrictives sur la volonté des parties et sur l'article 1156, — et cette recherche

(210) Req., 16 nov. 1927, D. P. 1928-1-61, rapp. cons. BRICOUT ; — Req., 12 juin 1929, D. H. 1929, 412 ; — Req. 21 janv. 1930, D. H. 1930, 148 ; — Nancy, 14 janvier 1931, D. H. (somm.) 1931, 47 ; — Paris, 18 déc. 1926, D. H. 1927, 141 (possible même expulsion par le juge des référés, si le contrat stipule la résiliation de plein droit) ; — Mais le trib. peut, en vertu de l'art. 1184 C. C., accorder au locataire un délai pour obtenir l'autorisation : T. Civ. Rouen, 21 janv. 1931, D. H. 1931, 175.

(211) Req., 24 déc. 1928, D. H., 1926, 67 ; — T. C. Nord (section Lille), 14 nov. 1928, D. H. 1929, 62 (considère que la clause d'interdiction de cession étant contraire aux « effets naturels » du contrat, doit s'interpréter restrictivement ; donc que cette interdiction n'implique pas celle de sous-louer). — Cpr. en ce qui concerne *l'apport du droit au bail à une société* : T. Civ., Seine-Inf., 15 mai 1928, D. P. 1929-2-5 et note VOIRIN (n'équivaut pas une cession) ; — T. civ. Seine-Inf., 26 nov. 1927, D. H. 1927, 315 ; — Contra : Paris, 17 juin 1930, D. H. (somm.) 1931, 22 ; — T. Civ. Seine, 3 mars 1930, D. H. Comm. 1931, 11 ; — Voy. Rev. Trim., 1930, n° 153, p. 1092.

(212) Trib. Seine-Inf., 15 mai 1928, D. H. 1928, 426 ; D. P., 1929-2-5 et note VOIRIN ; — Paris, 1^{er} déc. 1930, D. H. 1931, 106 ; — T. Civ. Seine-Inf., 7 juill. 1930, D. H., 1930, 471.

est considérée par la Cour de Cassation comme une question de fait, tout aussi bien que l'appréciation des mobiles (213). Mais plutôt on y vise la formule de la clause — et, quand celle-ci permet, on veut y trouver autant la volonté raisonnable du preneur de ne pas avoir voulu renoncer en toute occurrence aux intérêts que pourrait lui offrir la possibilité de sous-louer ou de céder son droit au bail, que la volonté du bailleur de n'utiliser qu'avec un intérêt certain cette disposition (214).

Donc, on arrive toujours à un équilibre d'intérêts et on tâche de trouver son fondement dans la teneur du contrat: sauf une clause nette, dont le locataire a pu apprécier initialement toute la gravité, le bailleur est censé avoir stipulé uniquement en vue de la sauvegarde de ses intérêts, et il aura finalement la priorité par l'exposition des « mobiles légitimes ». Formule assez souple qui fait la part du principe de l'autonomie, consacrant la prérogative du bailleur, et la part de la raison.

Paiement. — On a fait intervenir, dans cette matière, la notion de l'abus du droit pour critiquer l'imputation faite par le débiteur en vertu du droit que lui confère l'article 1253 du C. C. La jurisprudence a admis, en principe, que l'imputation qui aurait pour but de nuire à un autre créancier ou à un autre débiteur serait abusive (215). Le principe qui tend à s'imposer

(213) T. Civ., 18 févr. 1924, D. P., 1924-1-17 et note anonyme ; — Req., 24 déc. 1928, D. H. 1929, 67 ; — Req., 4 nov. 1931, D. H. 1931, 583 ; — Req., 12 juin 1929, G. P. 1929-1-419.

(214) Voy. MM. L. JOSSERAND, *De l'Esprit* n° 129 ; note préc. ; — R. DEMOGUE, *Oblig.*, t. II, n° 24, pp. 31-32.

(215) T. Civ., 14 nov. 1932, D. P., 1925-1-145 et note L. JOSSERAND (la Cour de Bordeaux admet, en l'espèce, que le codébiteur solidaire qui impute son paiement sur une dette personnelle, postérieure, à l'encontre des intérêts de son codébiteur solidaire, abuse de son droit.

est que le débiteur, dans l'exercice de cette faculté, doit proposer la satisfaction de ses intérêts légitimes, sous peine d'une imputation judiciaire qui en tiendrait compte des intérêts de tous les intéressés.

La répression de l'abus a été encore appliquée par les refus du paiement dans l'intention de nuire et de chicaner les débiteurs (216), et même pour le refus mal intentionné d'un paiement partiel (217).

Contrat de travail à durée indéterminée. Faculté unilatérale de résiliation. — La thèse de l'abus des droits trouve une de ses plus importantes applications, et, en même temps, des plus discutées, dans l'article 1780 du C. C. et son double, l'article 23, du livre 1^{er} du Code du Travail, remaniés respectivement par les lois du 27 décembre 1890 et du 18 juillet 1928. La faculté de résiliation unilatérale, conséquence de la prohibition des engagements perpétuels empruntée au Droit intermédiaire, y est déclarée susceptible d'engager la responsabilité du congédiant, quand elle est exercée abusivement. Si la formule de l'article 1780, dans son état présent, ne le déclare que timidement, la nouvelle formule de l'article 23, livre 1^{er}, du Code du Travail le déclare en termes formels: distinction y est faite entre la réparation du congé abusif et du congé brusque,

La Cour de Cassation admet, en principe, la possibilité d'application du concept d'abus (motifs), mais elle ne trouve pas, dans l'espèce, les éléments de cet abus; *Cours*, t. II, n° 875.

(216) T. Civ. Seine, 17 janv. 1923 (*Rev. trim.*, 1923, p. 784) ; refus abusif du bailleur de recevoir le paiement des loyers par mandat-carte, payable à son domicile, en interprétant à son gré le caractère « portable » de ces loyers ; — Cass., S. 1883-1-272 : refus de paiement uniquement pour forcer le débiteur à faire les dépenses d'une procédure d'offres réelles.

(217) L. CAMPION, *Théorie de l'abus des droits*, n° 220.

par inobservation du délai-congé.

En nous occupant seulement du congé abusif, on peut d'abord remarquer l'évolution accidentée du problème, évolution qui porte à la fois sur le fond de la question et sur le fardeau de la preuve. Avant la loi de 1890, la lettre de l'ancien article 1780 ne laissait place à aucun recours pour résiliation intempestive. La jurisprudence est intervenue dès 1859, les Cours d'appel surtout, et posa l'exigence des « mobiles légitimes » à prouver, paraît-il, par la partie congédiant et par application du principe de la faute contractuelle (218). La Cour de Cassation réagit en 1872 et n'accorde plus réparation que pour faute prouvée par le congédié et fondée sur l'article 1382, en retenant encore, parfois, la violation d'usage sur la résiliation ou même l'établissement de la convention tacite de ne pas résilier d'une manière arbitraire (219); de là, une longue divergence avec les Cours d'appel.

La dernière position de la Cour de Cassation en face de la difficulté était une aggravation de l'instabilité de la situation de l'ouvrier, par rapport à l'état antérieur. Dans cet état de choses, la loi du 27 décembre 1890, modifiant l'article 1780 C. C., intervient à la suite de revendications des employés des chemins de fer provoquées par les solutions de la jurisprudence, mais les bonnes intentions ont été confiées à un texte fuyant; ainsi qu'après le vote, les controverses reprirent de plus belle

(218) Caen, D. 1850-2-45, Cass. P., 1859-1-249, concl. gén. RAU; — PORCHEROT, thèse préc., pp. 44-45; — SALANSON, thèse préc., pp. 44 et suiv.; — BUTTIN, thèse préc., pp. 19 et s.; — Guy CHARRIÈRE, *La Rupture abusive du contrat de trav. à durée ind.*, thèse Paris, 1932, p. 37.

(219) Cass. 5 févr. 1872 (2 avr.), D. 1873-1-63, S. 1872-1-132. Voy. auteurs, note 218.

entre le thème des mobiles légitimes (220) et le thème de la Cour de Cassation demandant la preuve d'une faute spécialement par intention de nuire, à faire par la partie congédiée conformément au droit commun (221).

La loi du 19 juillet 1928, en dehors d'autres modifications importantes du régime antérieur, apporte la précision de la distinction entre les dommages-intérêts pour inobservation du délai-congé et les dommages-intérêts pour rupture abusive, réactionnant contre les abus des clauses de suppression du délai-congé, devenues de style. Sans avoir l'air d'innover le fond de la question, la loi dispose que le tribunal doit mentionner « le motif allégué par la partie qui aura rompu le contrat », formule qui, finalement, a été ramenée au régime de preuve du droit commun: *actori incumbit probatio*; le défendeur doit déclarer le motif, sans avoir l'obligation de le démontrer et le demandeur, s'il conteste, doit prouver le motif illicite. La loi

(220) PLANIOL, note sous t. Grenoble, 23 janv. 1893, D. 93-2-377 ; — Note sous Cass., D. 1898-1-329 et Req., D. 1897-1-401 ; — BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Contrat de louage*, t. II, 2^e éd., n^o 224 ; — AUBRY et RAU, t. V, pp. 428 et s.

(221) Concl. dr. gén. RONJAT, note S. 1893-1-98 ; — SAUZET, *Ann. dr. comm.*, 1891, pp. 98 et s. ; — MONGIN, *Rev. crit.*, 1893, p. 392 ; — H. CAPITANT, note au D. 1926-3-19.

A l'opposé de ce système très défavorable à la partie congédiée, à l'ouvrier spécialement, il y a le système extrême de M. APPERT, note au S. 1899-1-33, qui considère que le droit à l'indemnité ne dérive pas de la faute commise par le congédiant, mais de l'absence de faute dans la personne du congédié ; donc la résiliation non abusive devra être fondée sur des griefs, et ne sera pas légitimée par l'absence de l'intention de nuire.

accorde encore, au juge, la possibilité d'une enquête pour vérifier les allégations des parties (222).

Actuellement, la répression du congé abusif, généralisée pour les locataires de services par les lois de 1928 et du 16 décembre 1917 (agents d'assurances), tient dans ces propositions: le droit de résiliation unilatérale est libre, mais limité par la théorie de l'abus des droits; il doit être exercé pour des « motifs légitimes », en dehors du respect du délai-congé; les dispositions légales qui s'y réfèrent ne se prêtent pas à la renonciation, étant d'ordre public; la preuve de l'abus est à faire par le demandeur; la Cour de Cassation se réserve un droit de contrôle sur la qualification des faits constituant les « motifs » (223).

Le fond des « motifs légitimes » est très varié dans la matière: en général, il consiste soit dans des griefs légitimes, soit dans des motifs qui tiennent à la personne de l'employeur ou aux nécessités de l'entreprise, et qui devraient être appréciés toujours, suivant des vœux très judicieux, au point de vue de leur importance par rapport aux inconvénients soufferts par la partie congédiée et par rapport aux inconvénients que la partie

(222) E. H. PERREAU, La résiliation du contrat de travail d'après la loi du 19 juillet 1926, *Rev. trim.*, 1930, pp. 277 et suiv. ; — G. CHARRIÈRE, thèse cit., pp. 57 et suiv.

(223) Cons. MM. R. DEMOGUE, t. IV, pp. 343 et s. ; — L. JOSERAND, *De l'Esprit des droits*, etc., pp. 181 et s., *Cours*, t. II, n° 1279 et suiv. ; — COLIN-CAPITANT, *Cours*, 7^e éd., t. II, n° 749 et s. ; — E.-H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence*, etc., t. II, pp. 193 et suiv. ; art. cité, *Rev. trim.* 1930 ; — A. ROUAST, *La rupture abusive du contrat de travail*, D. H. 1928, Chr. 5 ; — Fréd. DUPONT, *La Résil. du contr. de travail à durée indéterminée*, th. Paris 1932 ; — G. CHARRIÈRE, thèse cit.

congédiant, elle-même, aurait à supporter à la suite du non-exercice de sa faculté de résiliation (224).

Mandat. Faculté de dissolution unilatérale. — Les rapports de confiance et de désintéressement que supposent les relations entre mandant et mandataire ont conduit à admettre leur faculté réciproque de se défaire des liens du contrat. L'article 2004 C. C. établit la faculté de révocation *ad nutum* du mandant et l'article 2007 la faculté de renonciation pour le mandataire. Cette faculté réciproque pouvant disparaître par une disposition conventionnelle, ou chaque fois que l'intérêt du mandant n'est plus seul en jeu et que le mandat est intervenu aussi dans l'intérêt du mandataire, — comme c'est le cas dans la

(224) Cons. pour la revue de la jurisprudence les auteurs cités à la note précédente, et A. WAHL, Du motif légitime de la rupture, etc., dans *Questions pratiques de législ. ouvrière*, 1903, p. 163, où on souligne la thèse de l'équilibre des intérêts, du motif « sérieux ».

Les « motifs légitimes » offrent une variation considérable dans cette matière — où la jurisprudence a fait une énorme couche sur les art. 1780 C. C. et art. 23, liv. I^{er}, Code du Travail. Nous nous limitons à donner quelques exemples : *Motifs légitimes*, restriction de l'entreprise, diminution des bénéfices : T. civ. Seine, 4 avr. 1930, D. H. (somm.) 1931, 25 ; T. c. Seine, 13 déc. 1930, D. H. (somm.) 1931, 43 ; Civ., 21 mars 1932, G. P. 1932-1-39, *Rev. trim.* 1932, p. 796 (le patron seul juge du renvoi dans ce cas) ; Cass., 26 janv. 1932, C. P. 1932-1-621 et note ; — diminution capacité physique et rendement de l'employé : Civ., 13 fév. 1928, D. H. 1928, 200 ; Civ., 17 juillet 1930, S. 1930-1-375 ; Civ., S. 1908-1-242 et note ROUBEN DE COUDER ; — Cour Toulouse, 25 nov. 1929, G. P. 14 janvier 1930 ; — Civ., 18 mars 1930, D. P. 1930-1-171 et note A. ROUAST ; — L'âge de l'ouvrier et la durée du service doivent être accompagnés de faute : Civ., 28 janv. 1931, D. H. 1931, p. 163 ; Civ., 13 fév. 1928, C. P. 1928-1-683 ; — Discussion d'ordre familial ; Civ., 23 juillet 1931, D. H. 1931, 557 ; — Maladie : la maladie ne rompt que si nécessité de remplacer l'ouvrier avant sa guérison ;

plupart des mandats salariés, — dans l'intérêt commun, ou associé à l'intérêt d'un tiers (225).

Mais chaque fois qu'une possibilité d'option est conférée, il faut craindre les éventualités d'un exercice incorrect, — dolosif ou simplement fautif, — et le législateur a jugé bon d'appliquer ici lui-même, d'une manière préventive, la théorie de l'abus, pour ainsi dire, avant la lettre. Dans les dispositions de la loi, cette application paraît ne pas être également partagée; la faculté de révocation du mandataire est déclarée comme inconditionnée; « quand bon lui semble », tandis que la faculté de renonciation, suivant l'article 2007, 2^e alinéa, laisse place à indemnité si son exercice préjudicie au mandant, et sur la simple preuve du préjudice.

Req., 27 nov. 1933, C. P. 1934-1-133 (Voy. pour leur discussion et renvois, *Rev. trim.* 1934, p. 163 ; *adde*, *Rev. trim.* 1932, p. 194).

Griefs légitimes : Manquements aux devoirs professionnels : Cass., D. P. 1894-1-235 (absence sans autorisation) ; — C. Prud'h. Seine, C. P. 1930-2-349 (insubordination) ; — Refus de soumission au règl. d'atelier : Seine, 15 nov. 1930, D. H. 1931 (somm.), p. 25 ; — Participation de l'employé à un commerce similaire : Limoges, S. 1897-2-681 ; — Menaces, calomnies : Paris, 14 déc. 1922, C. P., 28 janv. 1923. — *Motifs illégitimes* : congé pour courte interruption collective du travail : Civ., 16 nov. 1927, D. P. 1928-1-33 et note A. ROUAST ; — Congé à la suite des observations de l'ouvrier sur les disp. légales : t. c. Seine, 28 juin 1927, D. H. 1927, 519 ; — Congé pour syndicalisation : Civ., 20 mars 1929, D. H. 1929, 266 ; Civ., 27 mai 1930, D. H. 1930, 426 ; — Congé abusif après acc. trav. : Lyon, 7 juill. 1930, D. H. (somm.) 1931, 17 ; — Congé pour opinions politiques : Civ., 19 juillet 1916, D. P., 1916-1-286 ; — Congé pour refus d'occuper un poste inférieur : Req., 18 déc. 1918, C. P. 8 avril 1919 ; — Maladie courte : Req. 20 juill. 1920, C. T. 1921-1-37 ; Civ., S. 1924-1-268.

(225) AUBRY-RAU, *Cours*, IV^e éd., t. IV, § 716, pp. 652-653 ; — L. JOSSERAND, *Cours*, t. II, n^o 1923 ; — COLIN-CAPITANT, 7^e éd., t. II, n^o 949.

Néanmoins, les auteurs et la jurisprudence s'accordent à admettre également l'indemnisation du mandataire dans le cas de révocation dolosive ou préjudiciable et faite sans cause justificative, sans motif légitime et sérieux, tout aussi comme dans l'hypothèse de l'article 1780 C. C. La cessation de la faculté de résiliation unilatérale dans les cas où le mandat n'est pas conféré dans l'intérêt exclusif du mandant est déjà une restriction importante à la lettre de l'article 2004. Mais la jurisprudence n'a pas tardé à considérer comme une faute, résultant de l'abus du droit, la révocation intempestive et injustifiée du mandat, causant un préjudice au mandataire, même dans le cas où le mandat intéressait exclusivement le mandant, et à lui imposer l'obligation d'indemniser, à la suite de la preuve de l'absence des motifs légitimes, administrée par le demandeur. Ainsi les deux catégories de mandats arrivent à être soumises indistinctement au contrôle judiciaire de leur révocation (226).

La faculté de renonciation est nettement subordonnée à l'épreuve de l'abus dans l'article 2007, 2^e alinéa; le mandataire sera obligé de réparer tout préjudice advenu au mandant par sa renonciation. Le seul motif admissible, selon la loi, est

(226) Paris, 13 mars 1931, D. H. 1931, 257 (révocation intempestive et constituant une faute, dommageable pour le mandataire) ; — T. Com. Troyes, 6 oct. 1930, D. H. 1930, 567 (le mandataire a droit à indemnité quand il y a le renvoi brusque, sans cause légitime ni faute lourde de sa part) ; — Req., 4 juin 1930, D. H. 1930, 362 (absence de motifs justificatifs et préjudices) ; — Paris, 24 février 1923-2-146 ; — Cass., 4 mars 1914, D. 1916-1-68 ; — Lyon, 6 avr. 1895, p. 95, 2, 431 (le droit de rév. trouve sa limite dans l'art. 1135 C. c.) ; — Douai, 20 avr. 1891, D. 1892-2-21 (révocation par intent. de nuire) ; — Cons. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, etc., pp. 176 et s. ; — L. CAMPION, *Théorie de l'abus*, n° 259.

l'impossibilité du mandataire de continuer « sans en éprouver lui-même un préjudice considérable ». L'application de l'abus est faite ici dans sa plénitude essentielle; la renonciation doit être faite avec toutes les précautions afin d'éviter au mandant tout préjudice; le législateur n'admet qu'une seule hypothèse de préjudice non-fautif, c'est quand le mandataire peut démontrer qu'un intérêt prestant, un éventuel « préjudice considérable » pour lui-même, le détermine à renoncer; ce que prouverait en même temps son absolue bonne foi.

C'est le juge qui est appelé à peser et équilibrer les intérêts en présence; il appréciera si le préjudice que va subir le mandataire, par la continuation du contrat, est « considérable » à côté des intérêts du mandat de maintenir la situation. Le juge est appelé par la loi même à arbitrer les intérêts des parties et de ne valider l'exercice de la faculté du mandataire qu'après avoir pesé en concret ces intérêts.

Egalement, en matière des *sociétés*, la théorie de l'abus trouve des applications diverses. Les articles 1869 et 1870 C. C. conditionnent la renonciation, dans les sociétés à durée illimitée, par les idées de bonne foi et d'opportunité; la sanction est préventive, aucun effet n'étant reconnu à la renonciation abusive (227).

La théorie de l'abus sert encore à la jurisprudence pour empêcher les assemblées et les conseils de détourner leurs droits statutaires du sens social, de l'intérêt général de la société; par exemple, les décisions des assemblées générales sont contrô-

(227) V. L. JOSSEAND, *De l'esprit des droits*, etc., pp. 178 et s., Chambéry, 24 déc. 1906, S. 1907-2-293 ; — Nancy, 19 mars 1892, D. P. 1893-2-21 ; — Lyon, 6 avr. 1895-2-431 (le droit de diss. de l'art. 1869 trouve sa limite dans l'art. 1135).

lables au nom de l'intérêt de la minorité ou des porteurs de parts (228) ; l'abus intervient encore pour limiter les restrictions de la transmissibilité des actions (229), pour réprimer les exclusions vexatoires des membres (230) et, finalement, pour contrôler les dissolutions anticipées qui porteraient frauduleusement atteinte aux intérêts des porteurs de parts (231).

Section II

ABUS CONTRACTUEL ET BONNE FOI

Les applications de la théorie de l'abus sont fondées en jurisprudence sur la notion de la faute, dans le cadre de l'article 1382, aussi bien en matière extra contractuelle qu'en

(228) Voy. MM. R. DEMOGUE, *Oblig.*, t. VI, n° 23 ; — L. JOSERAND, *op. cit.*, pp. 182 et s. ; — MAZEAUD, t. I, 2^e éd., n° 587 ; — C. Paris, 16 février 1911, *Journ. des Soc.*, 1911, 274 et note HOUPIN ; — H. DECUGIS, L'abus du droit dans les sociétés par actions, *Journ. des Soc.*, 1925, p. 487 ; — PLANIOL-RIPERI-ESMEIN, *Traité*, t. VI, n° 579.

(229) Voy. pour la question du prix, dans les clauses de préemption ou de rachat : Amiens, 12 juill. 1929, D. H. 1929, 498 (et *Rev. trim.* 1930, p. 118, n° 24 ; réf.) ; — T. Angers, 15 juill. 1930, D. H. 1930, p. 580 (et *Rev. trim.* 1931, p. 156, réf.) ; — Paris, 2 juill. 1930, D. H., 1930, 498 (et *Revue trim.* 1931, pp. 402-403 ; réf.) ; — T. Com. Clermont-Ferrand, 29 oct. 1929, D. H. 1929, 580 (refus abusif agréation cessionnaire).

(230) T. Nice, 4 déc. 1912, G. T., 1913-1-214 ; — T. Civ. Maine-et-Loire (Sec. d'Angers, 15 juill. 1930), D. H. 1930, 580.

(231) MM. R. DEMOGUE, *Oblig.*, t. VI, n° 23 ; — J. HAMEL, note sous Req., 25 janv. 1925 ; — Cpr. A. WAHL, Les droits des porteurs de parts bénéficiaires en cas de dissolution, *Journ. des Soc.*, 1930, p. 138 ; — D. P., 1889-1-553 et note THALLER ; — D. P., 1904-1-89 et note PERCEROU ; Req., 10 mai 1926, D. P. 1927-1-133 et note A. CHÉRON.

matière contractuelle (232). Nous avons noté que la répression de l'usage abusif des droits, par l'appel implicite à des considérations d'ordre social, — morales ou de stricte finalité, — conduisait à une notion élargie de la faute; celle-ci tend, d'abord, dans notre matière, à ne plus considérer l'obligation générique de ne pas nuire comme limitée par la concession, légale ou contractuelle, d'une prérogative positive ou par l'existence d'une liberté à contours plus précis; ensuite, cette extension de la responsabilité est étayée sur des devoirs de nature sociale ou morale, qui donnent un sens social à la notion de la faute et qui visent à équilibrer, dans une certaine mesure, les droits et les intérêts en présence.

En matière contractuelle, essentiellement fondée en Droit moderne sur l'idée de bonne foi, on peut trouver pour la théorie de l'abus, au moins théoriquement, un autre fondement, apparenté au concept de la faute: ce sont les notions géménées de la bonne foi et de l'équité (233). Le Code les invoque formellement dans l'article 1134, 3^e alinéa, et l'article 1135; il y donne le pouvoir souverain au juge de contrôler l'exécution du contrat et même le droit de regard sur son contenu, si l'on veut dûment interpréter le texte de l'article 1135 C. C. qui dispose que les conventions obligent, « non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

Ce point de vue de l'abus contractuel lui donne un fonde-

(232) L. et H. MAZEAUD, *Resp.*, t. I, n^o 582 et s.

(233) Ainsi : MM. G. RIPERT, *La Règle morale*, etc., n^o 101 ; — PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, *Traité pr.*, t. VI, n^o 579 ; — R. SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, thèse Poitiers, 1916, p. 72, note 6.

ment très ample et le déplace vers le problème de la détermination du contenu du contrat. Les notions de bonne foi et d'équité sont essentielles à ce problème, et d'après l'allure principielle des articles 1134, 3^e alinéa, et 1135, le Code a entendu les consacrer comme des principes très généraux et laisser le soin de leur mise en œuvre à l'interprète et au juge (234). L'interprétation, donc, de ces articles trancherait d'une façon préjudicielle, dans un sens ou dans un autre, l'étendue et les modalités de la responsabilité contractuelle (235).

L'Ecole classique, dans sa tendance à absorber tout dans le principe de la volonté et de restreindre au possible le rôle du juge, a donné un contenu limité aux notions d'équité et de bonne foi. La bonne foi, dans l'acception classique subjective, ne conduit qu'à l'approfondissement du principe de l'autonomie de la volonté. En effet, l'effort doctrinal d'analyser le contenu de cette notion exclusivement sous le rapport de la recherche de la volonté réelle des parties et de la conformité des effets de l'acte juridique à cette volonté initiale, — tout en permet-

(234) J. BONNECASE, *Précis dr. civ.*, t. II, n^o 9, p. 13. (Le Code a mêlé les effets des obligations avec les effets des contrats : dans les ch. I et II du liv. III sont traitées la notion du contrat, les classifications abstraites des contrats. Mais il n'y a pas les effets propres aux contrats et les causes d'extinction des contrats ; ceux-ci sont confondus avec les effets et les causes d'extinction propres aux obligations. C'est dans les art. 1134 et 1135 que sont prévus les effets du contrat.)

(235) Voy. p. la distinction du problème de la détermination du contenu du contrat et du problème de la responsabilité contractuelle : MM. MAZEAUD, *Resp.*, t. I, n^o 105 (références) ; adde P. ESMEIN, *Le fond. de la resp. contr. — rapprochée de la resp. del.*, *Rev. trim.*, 1933, pp. 627, 638 et s.

tant d'atteindre la fraude et l'intention mauvaise, — visait toujours à empêcher le juge d'insinuer une appréciation personnelle sur l'existence et l'étendue des obligations assumées par les parties. L'élément intentionnel ne servait qu'à confronter la déclaration de volonté et la volonté créatrice, pour faire triompher l'esprit du texte sur sa lettre (236). De même, l'appel à l'équité, consacré par la loi, était ramené aussi à être fondé sur l'intention des parties, en considérant que le juge ne doit l'invoquer que dans la mesure où les parties n'ont pas dérogé à l'article 1135 et s'y sont tacitement référées, et que la loi, elle-même, ne l'admettait qu'en fonction de cette présomption de volonté (237).

Mais ces deux notions sont susceptibles d'un sens plus large. Le sens plein de la bonne foi aspire à une conception plus générale, normative, de son rôle juridique, — et présente, aussi, une valeur objective: elle veut dire aussi conscience, droiture, honnêteté, loyauté, — établissant des rapports de confiance réciproque entre les parties et comportant une *obligation positive* de se conduire avec un minimum normal de loyauté, et même un devoir de réciprocité. Cette fois on peut envisager la bonne foi comme une notion objective comportant une signification de morale sociale: elle conduit à comparer la conduite des parties avec le mode de comportement réputé moral et normal d'un certain milieu social donné, et peut caractériser, dans

(236) Voy. F. GORPHE, *Le Principe de la bonne foi*, thèse Paris, 1928, pp. 33 et s. ; — A. VOLANSKY, *Essai d'une définition expressive du droit*, thèse Paris, 1929, pp. 268, 276 ; — E. GOUNOT, thèse préc., p. 173.

(237) E. GOUNOT, *op. cit.*, pp. 173 et s., 181 et s., (références).

ce sens, une méthode d'interprétation (238). Cette acception de la bonne foi souligne ses rapports avec la notion d'équité; la bonne foi, interprétée aussi objectivement, quand il faut, ressemblera à l'équité. De même, la notion d'équité ne doit rester, d'une façon inconditionnée, subordonnée à la volonté des parties, mais dans des cas déterminés on devrait bien lui restituer son sens de notion supérieure à la volonté des parties, sa valeur de concept directif, aspect de la Justice sociale se réalisant à l'occasion des espèces concrètes (239).

Le rapprochement entre l'abus contractuel et les articles 1134, 3^e alinéa, et 1135 C. C., implique, parallèlement à l'acception classique subjective, ce point de vue large, social, des notions de la bonne foi et de l'équité. Il est en mesure de fonder largement, — outre la répression de l'intention de nuire et de l'esprit de fraude par détournement intentionnel du droit, — aussi les manquements à des devoirs de diligence (considérations d'intérêt « sérieux »), ou de corriger les détournements simplement erronés (trier les « intérêts légitimes »). Cette constatation laisse lieu à une distinction parmi les situations d'usage abusif d'un droit contractuel ou d'une faculté légalement contenue dans un contrat qui peuvent se présenter devant le juge:

(238) R. SALEILLES, *Décl. de volonté* (Voy. § 133 et § 157, sur le « *Treu und Glauben* ») ; — F. GORPHE, *op. cit.*, pp. 14, 19, 47 ; — A. A. VOLANSKY, *op. cit.*, pp. 126 et s., pp. 327 à 329 (la notion d'« honnêteté publique » dans les projets de Cambacérès), pp. 164-165.

(239) Voy. A. DESSENS, *Essai sur la notion d'Equité*, th. Toulouse, 1934, pp. 101 et s. ; — E. GOUNOT, *op. cit.*, pp. 181 et s. ; — Cpr. J. DABIN, *Phil. ordre jur. positif*, n^{os} 163 et s., pp. 556 et s. ; — J. BONNECASE, *Pensée jur. fr.*, t. I, n^o 227, pp. 516-517.

distinction entre les droits clairement définis et conditionnés, et les situations où il y a une option, une faculté à exercer.

Dans la première hypothèse, celle d'une clause nette, avec un sens précisé et un résultat sur lequel la volonté commune des parties a fait des précisions suffisantes pour permettre au juge de la prendre comme critère d'interprétation, la bonne foi au sens classique satisfera pleinement les exigences possibles de l'abus et respectera l'autonomie de la volonté: l'abus par intention de nuire et le détournement intentionnel du but visé par la volonté commune, à la faveur de la lettre défailante du texte, seront atteints. Toute autre aspiration de l'abus dans cette hypothèse arrivera au problème de la lésion.

Les situations où la volonté « commune » des parties ne s'est pas manifestée clairement, — le texte est équivoque, — ou quand elle n'a arrêté que des dispositions générales et imprécises, ou elle ne s'est pas manifestée du tout, nous paraît radicalement différente, du point de vue de l'application de l'abus (240). C'est le cas des *facultés* contractuelles, consenties ou d'origine légale, dont nous en avons donné quelques exemples (faculté de refuser ou accepter un sous-locataire, un cessionnaire de bail, un successeur au portefeuille d'un agent d'assuranc, faculté de résilier ou non à un certain moment les contrats de durée indéterminée, faculté réciproque de dissolution dans les mandats, facultés pour le contractant d'apprécier certaines questions et d'en être le juge). Dans tous ces cas, il y a une indétermination, consentie en vue d'une détermination

(240) F. GORPHE, *op. cit.*, pp. 39-40 (nécessité de recourir, dans ce cas, à un critère objectif, pour trouver le sens « normal » des clauses) ; — E. GOUNOT, *op. cit.*, pp. 196-197.

ultérieure ou simplement parce qu'il y a eu l'impossibilité de disposition en concret; le contractant, en vertu du contrat ou même de la loi, a une appréciation à porter sur certains points des rapports contractuels. Donc il ne pourrait y avoir l'application de l'abus à l'occasion de ces facultés d'option définit de la recherche de la volonté réelle des partis; la méthode classique est défailante; aussi a-t-on invoqué, ici, la faute de l'article 1382 C. C. La possibilité du co-contractant de déterminer librement sa volonté nous paraît, quand elle est consentie, se fonder sur la *confiance réciproque des parties*, et établir l'obligation de loyauté appréciée *in abstracto*, en dehors de la volonté proprement dite des parties, — comme une loyauté normale. Quant aux facultés d'origine légale, qui comportent toujours la possibilité d'appréciation, il est naturel de demander dans leur exercice cette loyauté moyenne; en fait, les applications de l'abus la demandent. Nous considérons que l'application de l'abus à l'occasion de ces facultés d'option définit une méthode d'interprétation fondée sur une notion objective et sociale de la bonne foi; sur la base de celle-ci on y vise, implicitement ou explicitement, une conduite loyale et normale des parties, appréciée relativement à la matière spécifique du contrat et à son but social (241). Cette méthode objective d'interprétation peut justifier sur ce point, comme entrant dans

(241) Cpr. M. Fr. GENY, *Méthode*, 2^e éd., n° 171, p. 155, « ...cette volonté se révélera, à défaut de formules nettes, dans le but essentiel de l'opération, éclairé lui-même par des circonstances morales, psychologiques, sociales, enfin, qui l'auront accompagnée. Seul, l'examen de ces circonstances permettra de discerner, par voie de présomption, l'intention obscure des contractants. Et, à défaut d'une présomption de volonté proprement dite, il incombera à l'interprète, d'y suppléer par la considération des intérêts en présence. »

le contenu du contrat, les exigences de diligence et de modération que la jurisprudence, par l'invocation de la théorie de l'abus pose le plus souvent, dans les hypothèses d'intérêt « sérieux » par exemple. La constatation nous rapproche de l'alinéa 2, de l'article 2 du C. c. suisse: « Nul ne peut invoquer sa bonne foi si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui. »

L'acception sociale et objective de la bonne foi souligne ses rapports avec la notion d'équité, et conduira à donner aux obligations, quand les parties ne se sont pas prononcées suffisamment ou n'auraient pas pu se prononcer, des effets conformes à la « nature » des conventions, suivant l'article 1135.

Il s'y agit de trouver justifiée cette méthode réelle d'interprétation des clauses indéterminées et comportant une appréciation personnelle du contractant. La théorie de l'abus l'applique en fait. Le Code ne s'y oppose pas (242), au moins si on veut considérer que la « commune volonté » des parties, de l'article 1156 C. C., s'est limitée, dans la plupart de ces cas, d'une manière implicite, à se faire réciproquement confiance

(242) Voy. MM. R. CASSIN, thèse préc., pp. 571-572 (à propos des art. 1134 et 1135 C. c.) : « ... le juge ne doit pas s'en tenir à surveiller l'exécution de ce qui a été formellement prévu par les parties, mais il doit obliger celles-ci à se comporter loyalement l'une envers l'autre et à se faire confiance mutuelle. Les contractants doivent d'abord se montrer tolérants l'un à l'égard de l'autre : une extrême roideur, une minutie excessive rendraient impossibles les relations d'affaires. Les contractants ne doivent pas en outre s'imposer respectivement des sacrifices incompatibles avec leurs moyens, en vue d'assurer l'exécution absolument irréprochable des engagements pris l'un envers l'autre. Les contractants doivent enfin s'abstenir de toute manœuvre tendant à rompre aux dépens de l'un d'eux l'équilibre réalisé en commun au moment de la conclusion du contrat. »

sur certains points et de ne pas se regarder pendant toute la vie du contrat, — conclusion, exécution, dissolution, — comme des ennemis naturels. On peut même aspirer à voir, plus profondément, dans le contrat, un aspect corporatif: « ... Les contractants forment un microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler à un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, donc absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors, à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union. Le créancier, quant à la prestation qu'il doit recevoir, n'est pas seulement créancier, il peut avoir un devoir de collaboration. Les buts, au moins les buts essentiels, ne peuvent toujours être atteints par la voie rectiligne que les contractants avaient conçue. La voie à suivre pour atteindre le plus essentiel du but se transformera par la volonté des parties, par la décision du juge », enseigne M. R. Demogue (243). Nous croyons que, dans les hypothèses visées, l'idée objective de bonne foi et de l'équité peut mieux expliquer et même préciser l'intervention du juge au nom de la théorie de l'abus; surtout si on s'arrête à l'équilibre d'intérêts qui y est essentiellement cherché.

Il s'agirait donc de l'appréciation du juge, en quelque sorte directe, sur la conduite des parties dans le cadre d'une disposition, légale ou conventionnelle, indéterminée et facultative. Comment situer, d'un point de vue technique, cette intervention judiciaire fondée sur la notion objective de la bonne foi et ayant principalement en vue le but pratique et social poursuivi dans l'acte? Des travaux récents l'ont décoré d'un nom,

(243) *Voy. Oblig.*, t. VI, pp. 9-10.

importé du droit anglo-américain : le « standard ». On y vise le pouvoir d'appréciation du juge et sa fonction d'arbitre ; essentiellement on pose comme critère général d'appréciation le « type moyen de conduite sociale correcte », relatif à chaque catégorie d'acte à juger (244). Donc une appréciation rapportée à l'espèce, — et dont les caractéristiques ont été définies dans l'auto-limitation du juge par une méthode qui comporte un élément général de rationalité, — c'est-à-dire justement la recherche de l'équilibre des intérêts publics et privés, — et un élément d'opportunité, qui vise l'appréciation de la prudence que doivent prêter les parties (245). Une application souple et mobile, opposée à la rigidité mécanique de la règle préconstituée, et qui paraît pouvoir remplir au souhait certaines missions où la dernière se révèle insuffisante.

Ce qui conduit à une individualisation judiciaire des droits, désirable dans la mesure où la règle abstraite, débordée par les faits, ne peut pas satisfaire les exigences de l'équitable distribution de la Justice (246).

Le « standard » nous paraît être, au fond, appliqué dans

(244) Voy. M. HAURIU, *Police juridique et fond du Droit*, *Rev. trim.*, 1926, pp. 269 et s. ; — M. STATI, *Le standard juridique*, thèse Paris, 1927, p. 45 ; — J. DABIN, *Phil. ordre jur. pos.*, n° 7, p. 26 ; — AL-SANHOURY, *Le Standard juridique*, dans le *Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de F. Gény*, Paris, 1935, t. II, p. 145 ; — R. CAPITANT, *L'impératif juridique*, th. préc., pp. 82 et s. ; — Cpr. M. R. DEMOGUE, *L'Évolution et la sécurité*, dans *Not. fond.*, pp. 88 et s.

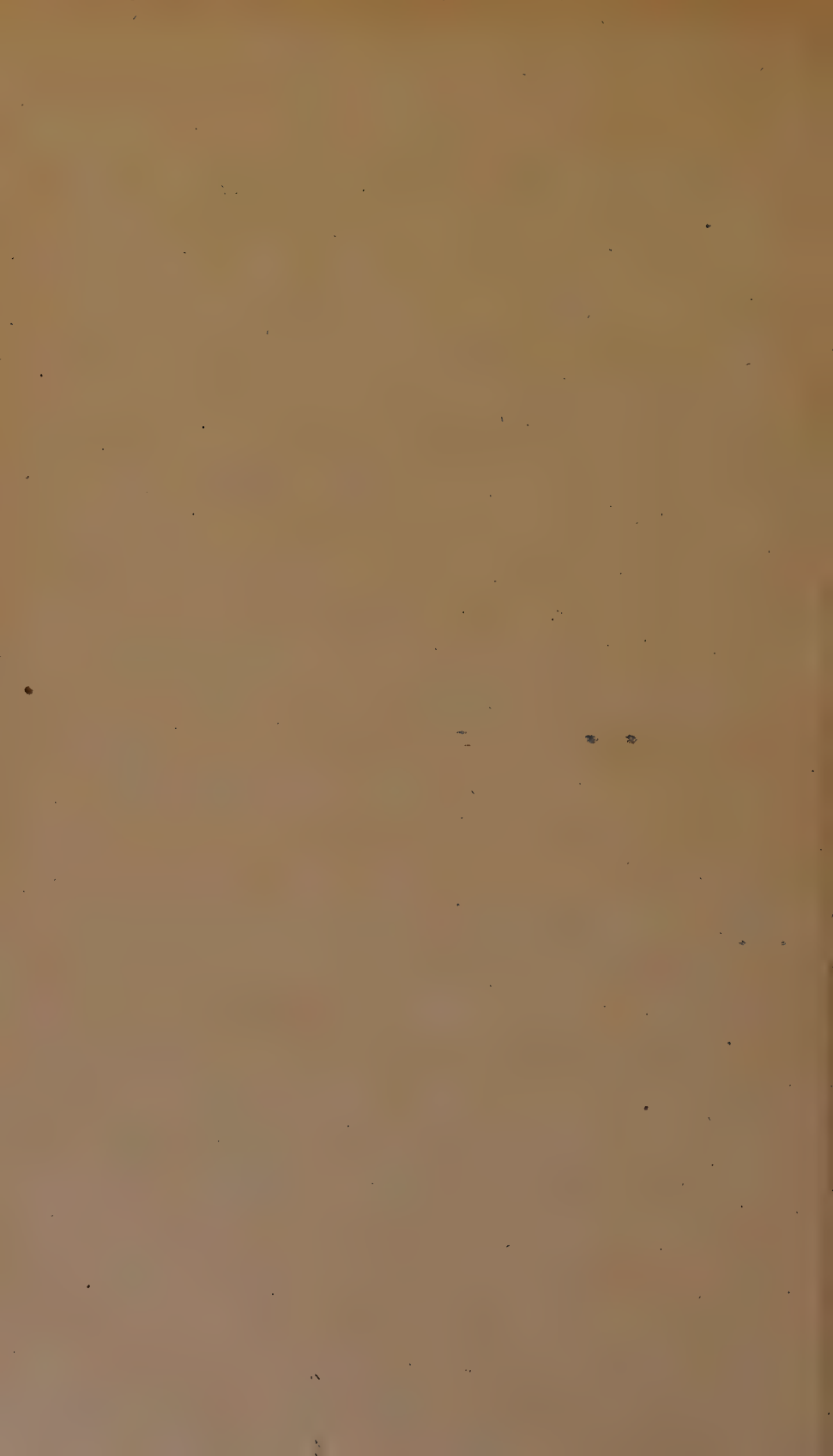
(245) HAURIU, *loc. cit.*, *op. cit.*

(246) Adde GÉNY, *Méthode*, 2^e éd., t. I, p. 213, note 3 ; — Boj. S. MARKOVITCH, *Essai sur le rapport entre la notion de justice et l'élaboration du droit privé positif*, thèse Paris, 1930, pp. 185, 192..

l'appréciation *in abstracto* de la faute; cette faute est un standard, et la notion objective de la bonne foi aussi (247). On revient ainsi à la question de l'abus, sur un point que nous avons déjà atteint dans les développements antérieurs. L'abus des droits pose un problème d'interprétation et, corrélativement, le problème des limites du pouvoir prétorien du juge, les rapports de la jurisprudence, de la pratique, avec la loi. L'intervention du juge dans l'exercice de certains droits contractuels, inspirée par la théorie de l'abus, et fondée sur le « standard » d'une bonne foi objective, appréciée *in abstracto*, — nous paraît donner, à la suite, la possibilité de constater ouvertement un enrichissement du contenu du contrat par la constitution de certaines obligations présumées, d'origine jurisprudentielle (248), et qu'il serait désirable de voir entrer sous le contrôle de la Cour de Cassation, ainsi qu'il est déjà arrivé pour les « motifs légitimes » en matière du contrat de louage de services à durée indéterminée.

(247) Cpr. AL-SANHOURY, *Le Stand. jur.*, loc. cit., p. 145.

(248) Voy. L. JOSSERAND, *Essor moderne du concept contractuel*, *Rec. ét. sources du Dr.*, préc., p. 345 ; — G. RIPERT, *Ordre économique et contrat*, *ibid.*, pp. 349-350; — Adde, E.-H. PERREAU, *Technique de la jurispr.*, t. II, p. 326, sur l'importance des actions « *in factum* ».



CONCLUSION GENERALE

Les développements précédents se rattachent au sentiment que le substratum général de la théorie de l'abus aspire à un assouplissement, — qui tend à être reconnu ouvertement, — des principes et des procédés de la responsabilité, dans le sens social de la sauvegarde d'un minimum de moralité et de l'aménagement social des intérêts poursuivis dans l'exercice des droits.

En effet, l'abus pose, comme cas de responsabilité, une extension sociale de la notion de la faute, tendant à déclarer comme illicites certaines atteintes à l'ordre moral et social, par dessus les définitions classiques des prérogatives individuelles. Considération qui peut être refusée par les opinions qui tâchent de réduire purement et simplement la thèse de l'abus aux hypothèses traditionnelles de responsabilité.

Dans le domaine extracontractuel, cette extension ne nécessite pas une refonte de la technique de la responsabilité. L'abus peut devenir une hypothèse de délit ou quasi-délict caractérisée par une faute de nature sociale.

Dans le domaine contractuel, l'extension de la notion de faute conduit à un envahissement du délictuel. Les suggestions de la théorie de l'abus des droits, et nous ne pouvons faire que des considérations générales, — pourraient y être réalisées aussi par les moyens vénérables de la bonne foi et de l'équité. Ce qui impliquerait une variante sociale et objectivée de ces notions (idée qui a des titres d'ancienneté), — parallèlement au sens subjectif que tâchait de leur donner exclusivement l'Ecole classique, — et qui touche au problème de la déter-

mination du contenu du contrat. Nous avons cru pouvoir accepter, d'une manière générale, la notion sociale de la bonne foi, ayant une valeur normative objective et visant le comportement loyal et normal, apprécié par rapport à la nature de la convention et à sa finalité sociale, dans les cas où l'imprécision, l'indétermination d'une clause laisse à supposer que les parties se sont fait une confiance réciproque, qu'elles se sont consenties une faculté d'appréciation sous le signe de la bonne foi: la même solution devant être appliquée aux facultés, analogues, que la loi prescrit dans le contenu de certains contrats. Le juge, inspiré par la théorie de l'abus pourra faire, sur la base des articles 1134, 3^e alinéa, et 1135, une intervention plus souple pour l'équilibre des droits et intérêts en présence, sans être obligé d'en appeler à l'article 1382.

Ce qui ne se retrouve pas à l'occasion des clauses déterminées, plus « claires et précises », ou la notion de bonne foi dans le sens subjectif classique, respectueuse de l'autonomie de la volonté et appliquée à la recherche de la volonté des parties, n'aura que le rôle de dépister l'intention mauvaise et l'esprit de fraude, hypothèses reconnues comme entrant dans la théorie « classique » de l'abus.

Le sujet demanderait une ampleur considérable et est digne de solliciter à son service les qualités du talent et de l'érudition, et abnégation dans le travail — et nous force à reconnaître les possibilités infiniment modestes que nous avons pu lui donner.

VU: *Le Doyen*
E. ALLIX.

VU: *Le Président de la Thèse*
R. DEMOGUE.

Vu et permis d'imprimer:
Le Recteur de l'Académie de Paris
S. CHARLETY.

BIBLIOGRAPHIE

des Ouvrages, Articles et Notes cités (*)

APPERT, notes S. 1899-1-33, S. 1905-2-102.

APPLETON Ch., Exercices pratiques dans l'enseignement du Dr. romain et plan d'un cours sur l'abus des droits, *Rev. Internat. de l'Enseignement*, 1924; note D. P. 1899-1-289.

AL-SANHOURY, Le Standard juridique, dans le *Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de Fr. Gény*, Paris, 1935, t. II, p. 145.

BARASCH M., *Le Socialisme juridique et son influence sur l'évolution du Droit en France à la fin du XIX^e s. et au XX^e s.*, thèse, Paris, 1928.

BARTIN, 5^e éd., de Aubry et Rau, t. VI.

BAUDRY-LACANTINERIE. Traité théorique et pratique de Droit civil, avec la collab. de BARDE, *Des Oblig.*, t. IV, 3^e éd.; — avec la collab. de CHENEAUX, t. I, 10^e éd.

BELIME, *Philosophie du Droit*, ou *Cours d'introduction à la science du Droit*, Paris, 1844 (2 v.).

BERTH Ed., *Révolution social. ou évolution juridique*, *Mouvement socialiste*, 1904, 2^e série, pp. 121 et s.

BETREMIEUX, *Essai sur le fond. de la resp. civile*, thèse, Lille, 1921, pp. 145-167.

BEUDANT Ch., *Cours de Droit civil français*, par R. BEUDANT, Paris, 1896-1908 (7 v.), t. IV; — *Le Droit individuel et l'Etat*, 1891.

BLONDEL, note S. 1897-1-274.

BOISTEL, *Cours de Phil. du Droit* (2 v.), t. I.

BONNARD R., Léon Duguit. ses œuvres. sa doctrine. *Rev. Dr. public*, 1929.

BONNECASE J., *Supplément au Traité th. et prat. de Baudry-Lacant.*, (5 v.), t. III; — *Précis de Dr. civ.*, 1934, t. II; — *La Notion de*

(*) Pour la liste des thèses publiées sur la théorie de l'abus des droits, — voy. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, etc., préc.

Droit en France au XIX^e s., Contribution à l'étude de la Phil. du Droit contemp., 1919; — *La Pensée jur. fr. depuis 1804 jusqu'à l'heure présente, Ses variations et ses traits essentiels*, 1933 (2 v.); — *Science du Droit et romantisme, Le conflit des conceptions jur. en France de 1880 à l'heure actuelle*, 1928; — *Philosophie de l'impérialisme et Science du Droit*, 1932.

BOUCAUD Ch., *L'Evolution juridique et les tendances sociales, Chronique sociale de France*, 1910, p. 428.

BOUGLE Ch., *Le Solidarisme*, 1907; — *Bilan de Sociologie française*, 1935.

BOURGEOIS L., *La Solidarité*, 1897; — *Essai d'une philosophie de la solidarité*, 1902.

BRETHER G., note sous Req., S. 1925-1-217.

BRICOUT, rapp. au D. P. 1928-1-61.

BRUGI Biagio, *L'abuso del diritto nel progetto di Codice delle obbligazioni e dei contratti* (dans *Studi in onore di Alf. Ascoli*, 1931).

CAMPION L., *Théorie de l'abus des droits (De l'exercice anti-social des droits subjectifs)*, 1925.

CAPITANT H., *Cours élém. de Dr. civ. fr.* (en collab. avec A. COLIN), 7^e éd., 1932, t. II; — *Introduction à l'étude du Droit civil*, 4^e éd., 1923; — *Sur l'abus des droits*, *Rev. trim. Dr. civ.*, 1928; — note au D. P. 1926-3-9.

CAPITANT R., *L'Impératif juridique (Introduction à l'étude de l'illécite*, thèse. Paris, 1928.

CASSIN R., *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimplèti contractus)*, thèse, Paris, 1914.

CAYRET E., *Le Procès de l'individualisme juridique*, thèse, Toulouse, 1932.

CHARMONT J., *La Renaissance du droit naturel*, 1910; — *L'abus des droits*, *Rev. trim.*, 1902.

CHARRIÈRE Guy, *La rupture abusive du contrat de travail à durée indéterminée*, thèse. Paris, 1932.

CHÉRON A., note au D. P. 1927-1-133.

COMTE A., *Système de politique posit.*, éd. 1892, t. I.

COLMET DE SANTERRE, *Contin. du Cours analytique de Code civil*, de DEMANTE, t. V, 3^e éd., 1896.

CORNIL G., *Le Droit privé, Essai de sociologie juridique simplifiée*, 1929.

COUMAROS N., *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, thèse, Bordeaux, 1931.

CUCHE P., *A la recherche du fondement du Droit. Y a-t-il un romantisme juridique ?* *Rev. trim.*, 1921.

CUQ E., *Institutes juridiques des Romains*, t. I, Ancien Droit, 2^e éd., 1904.

CÉZAR-BRU, *La faute, le risque et l'abus du Droit*, *Annales Fac. Aix*, 1906, t. II, p. 160 (en collab. avec G. MORIN).

DABIN J., *L'Abus des droits et la responsabilité dans l'exercice du Droit*, *Belgique judiciaire*, 1921, col. 330; — *ibid.*, 1924, col. 565; — *Philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de Droit privé*, 1929.

DAVY G., *La foi jurée, Etude sociologique du problème du contrat, La formation du lien contractuel*, 1922; — *Eléments de sociologie, appliquée à la morale et à l'éducation*, t. I, *Sociologie politique*, 1923; — *Le Droit, l'idéalisme et l'expérience*, 1922.

DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, 1923 (7 v.), t. I, II, III, IV, VI, VII; — *Notions fondamentales du Droit privé*, 1911.

DEMOLOMBE, *Cours de Code civil, 1845-1882* (31 v.), t. I, XI, XXXI.

DEREUX G., *De l'interprétation des actes juridiques*, thèse, Paris, 1905.

DESSENS A., *Essai sur la notion d'équité*, thèse, Toulouse, 1934.

DESSERTAUX M., *Abus des droits ou conflit des droits*, *Rev. trim. Dr. civ.*, 1906.

DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le Droit public et « legum delectis »*, t. I, éd., 1777.

DRAGHICESCO D., *Droit, Morale, Religion*, *Archives de Phil. du Droit et de Sociol. jur.*, 1932, cah. 1-2.

DUFFAU-LAGAROSSE, *Le louage de services à durée indéterminée*, *Rev. crit.*, 1899.

- DECUGIS H., L'abus du droit dans les sociétés par actions, *Journal des soc.*, 1925, p. 487.
- DUGUIT L., *Traité de droit constitut.*, 2^e éd., 1927, t. I; — *Transformations du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1912; — *Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'Etat*, 1906.
- DUMAS, rapp. sous Req., D. P. 1931-1-65.
- DUPONT FR., *La Résiliation du contrat de travail à durée indéterminée*, thèse, Paris, 1932.
- DUPUICH, note sous S. 1896-1-25.
- DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 1825-1842, (22 v.), t. XIII.
- DURKHEIM E., *La division du travail social*, 2^e éd.
- ENGELS, *Socialisme des juristes, Mouvement socialiste*, 1904.
- ESMEIN A., *Eléments de droit constitut. comp.*, t. I, 8^e éd. revue par H. NÉZARD, 1927; — note sous Req., S. 1898-1-17.
- ESMEIN P., *Oblig.*, t. VI du *Traité pratique de droit civil français*, de PLANIOL et G. RIPERT; — Le fondement de la responsabilité contractuelle, rapprochée de la resp. del., *Rev. trim.*, 1933, p. 627.
- FERRON G., note au S. 1905-2-17.
- FLUMENE FR., *L'Uso illecito del diritto* (dans *Studi in onore di Alf. Ascoli*, 1931).
- FOURNIÈRE, *Essai sur l'individualisme*, 1908.
- FOUILLÉE, *L'Idée moderne du Droit en Allemagne, en Angleterre et en France*, 2^e éd., 1883; — *La science sociale contemporaine*, 2^e éd.
- GÉNY FR., *Science et technique en droit privé positif*, 4 v.; — *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, 2^e éd., 1932, 2 v.; — note au P. F. 1890-1-340.
- GIDE Ch., *Histoire des doctrines écon. depuis les Physiocrates jusqu'à nos jours* (en collab. avec Ch. RIST), 5^e éd., 1926; — *Cours d'économie politique*, 3^e éd., 1913; — *L'Idée de solidarité*, 1893.
- GIERKE O., dans *Revue de Schmoller*, XII, p. 1285; XIV, p. 315.

GONNARD R., Individualisme, socialisme, traditionnalisme, *Rev. d'Ec. pol.*, 1913, p. 110.

GORPHE Fr., *Le Principe de la bonne foi*, th., Paris, 1928, p. 3.

GOROVITSEFF A., La lutte autour du sujet de droit, *Rev. trim.*, 1926, p. 908.

GOUNOT E., *Autonomie de la volonté*, thèse, Dijon, 1912.

GURVITCH, *L'Idée du Droit social*, t. I, 1931.

HAMEL J., note sous Req., 25 janv. 1925, D. 1925-1-196.

HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, 1^{re} éd. 1923, 2^e éd. 1929; — *Principes de droit public*, 2^e éd., 1916; — *Théorie de l'institution et de la fondation*, dans les *Cahiers de nouvelle journée*, 1925, 1933; — Les Idées de M. Duguit, *Rev. de législ. de Toulouse*, 1911; — Police juridique et fond du Droit, *Rev. trim. Dr. civ.*, 1926, p. 269.

HÉMARD, note au S. 1910-2-105.

HITIER J., La dernière évolution doctrinale du socialisme: le socialisme juridique, *Rev. d'Ec. pol.*, 1906.

HOFFDING, *Histoire de la Philosophie moderne*, t. I.

HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1892-1903 (15 v.). t. VIII.

HUGUENEY, note au S. 1914-2-209.

IHERING R. (von), *Etudes complémentaires de l'esprit du Droit romain*, t. I. — De la faute en Droit privé (trad. fr.: O. de Meulenaere, 1880); — La lutte pour le Droit (trad. fr.: O. de Meulenaere, 1890); — Restrictions imposées aux propriétaires fonciers, dans *Œuvres choisies*, t. II (trad. fr.: O. de Meulenaere).

IONESCO O., Duguit et le droit subjectif, *Archives Phil. du Droit et de Sociol. jur.*, 1932, cah. 1-2.

JANET P., *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale* (2 v.), 3^e éd., 1887, t. II.

- JOATTON Pol, *Essai critique sur la théorie générale de la responsabilité civile*, thèse, Lyon, 1933.
- JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité*, théorie dite de l'abus des droits; — *Les mobiles dans les actes juridiques du Droit privé*, 1928; — *Cours de Droit civil positif français*, t. II; — La théorie de l'abus des droits appliquée à l'interprétation des clauses particulières d'un contrat, *Rev. gén. des assurances et de responsab.* (Bruxelles), 1929, n° 472; — Essor moderne du concept contractuel, dans le *Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de Fr. Gény*, 1935, t. II, p. 345; — notes au D. P. 1906-2-105; D. P. 1913-2-179; D. P. 1923-2-49; D. P. 1924-2 49; D. P. 1929-1-97.
- LALANDE A., Les principes universels de l'éducation morale, *Rev. de Métaph. et de Morale*, mars 1901.
- LALOU H., *La responsabilité civile*.
- LAPARRE E., *L'abus du droit et le détournement du pouvoir*, thèse, Paris, 1913.
- LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, etc., éd. 1885 (7 v.), t. V, VII.
- LAURENT Fr., *Principes de Droit civil français*, 1878 (33 v.), t. VI, XX.
- LEROY M., Le temps présent et l'idée du Droit social, *Archives de Phil. du Droit et de Sociol. jur.*, 1933, n°s 1-2.
- LÉVY E., *La vision socialiste du Droit*, 1926; — Responsab. et contrat, *Rev. Philosoph.*, 1931.
- LÉVY-ULLMANN, *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, v. I.; *La définition du Droit*, 1917.
- LE FUR L., Le droit individuel, le droit social; ordination, subordination, intégration, *Archives phil. de Droit et Social. jur.*, 1931, p. 279; — Le fondement du Droit, rev. *Les Lettres*, 1925 (extr., Landres, 1926); — Le droit naturel et le droit rationnel ou scientifique, leur rôle dans la formation du droit internat., *Rev. Droit internat.*, 1927 (ext.).

LOUBERS, La faute, le risque et l'abus du Droit, *Rev. gén.*, 1907, p. 260.

MALLIEUX Fr., *L'Exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique*, 1908.

MARKOVITCH B., *Essai sur les rapports entre la notion de Justice et l'élaboration du Droit privé positif*, thèse, Paris, 1930.

MATER A., Le Socialisme juridique, *Rev. social*, 1904.

MAZEAUD H. et L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* (2 v.), t. I, 2^e éd. 1934.

MEIGNIE M., *Responsabilité et contrat, Essai d'une délimitation des responsab. contract. et délictuelle*, thèse, Lille, 1924.

MICHEL H., *L'Idée de l'Etat*, thèse lettres, Paris, 1895.

MICHOUD L., *La théorie de la personnalité morale*, 2^e éd., par L. Tro-
tabas, 1924, t. I.

MONGIN, Le droit de congé dans le louage de services, *Rev. crit.*, 1893, p. 392.

MOREL R.-L., Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles, *Rev. trim. Dr. civ.*, 1908, p. 289.

MORIN G., *La loi et le contrat, La décadence de leur souveraineté*, 1927; — L'abus du droit et les relations du réel et des concepts dans le domaine juridique, *Rev. de Métaph. et de Morale*, 1929; — L'individualisme de la Révolution et du Code civil, et la structure nouvelle de la vie économique, *Rev. de Métaph. et de Morale*, 1917; — L'Œuvre de Duguit et le Droit privé, *Archives de Phil. du Droit et de Sociol. jur.*, 1931, cah. 1-2; — (voy. César-Bru).

NAQUET, note au S. 1912-2-97.

NAST M., note au D. P. 1928-2-68.

PERCEROU, notes au D. P. 1904-1-89; D. P. 1930-1-145.

PICARD M., *Les Biens*, dans le *Traité pratique de Droit civil*, de Planiol et Ripert, t. III.

- PERREAU E.-H., *Technique de la jurisprudence en Droit privé*, 1923 (2 v.) ; — La résiliation du contrat de travail d'après la loi du 19 juillet 1926, *Rev. trim. Dr. civ.*, 1930, p. 277 ; — Origine et développement de la théorie de l'abus des droits, *Rev. gén. du Droit*, 1913, p. 481.
- PIROU G., *Les doctrines économiques en France depuis 1870*, 1925 ; — Léon Duguit et l'économie politique, *Rev. d'Ec. pol.*, 1933.
- PLANIOL M., *Traité élémentaire de Droit civil*, 7-11, 9^e éd. ; 10^e éd. par G. Ripert ; — Etudes sur la responsabilité, *Rev. crit.*, 1905-1906 ; — notes au D. P. 1893-2-377 ; D. P. 1894-2-305, 1897-1-401 ; D. P. 1898-1-329 ; D. P. 1903-2-329 ; D. P. 1905-1-153 ; D. P. 1911-2-385.
- PORCHEROT, *De l'abus du Droit*, thèse, Dijon, 1901.
- PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. III.
- RADBROUCH G., Du droit individuel au droit social, *Archives de Phil. du Droit et de Sociol. jur.*, 1931.
- REBOUD, *Précis d'économie politique*, 1927, t. I.
- RENARD G., *Le droit, la logique et le bon sens*, 1925 ; — *Le droit, la justice et la volonté*, 1924 ; — *La valeur de la loi*.
- RICHARD G., *La question sociale et le mouvement philosophique au XX^e s.*, 1914 ; — *Notions de sociologie*, 1928, 4^e éd. ; — Le sociol. juridique et la défense du droit subjectif, *Rev. phil.*, 1908 et 1912.
- RIPERT G., *La Règle morale dans les obligations civiles*, 1^{re} éd. 1925, 2^e éd. 1935 ; — Abus ou relativité des droits, *Rev. crit.*, 1929 ; — Le Socialisme juridique d'Em. Lévy, *Rev. crit.*, 1928, p. 21 ; — *Ordre économique et contrat*, dans *Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de Fr. Gény*, 1935, t. II, p. 348.
- RIST Ch., *Histoire des doctrines économiques depuis les Physiocrates jusqu'à nos jours* (en collab. avec Ch. GIDE), 5^e éd., 1926.
- RONJAT, concl. au D. P. 1892-1-449 ; S. 1893-1-41.

ROPERS L., Du juste motif de renouvellement et du droit de reprise dans les baux commerciaux, *Rev. trim. Dr. civ.*, 1933, p. 35.

ROUAST A., notes D. P. 1928-1-33 ; D. P. 1930-1-171.

ROUBEN DE COUDER, note au S. 1908-1-242.

SALANSON, *De l'abus du droit*, Thèse Paris, 1903.

SALEILLES R., *Les accidents du travail et la resp. civile, Essai d'une théorie objective de la resp. del.*, 1897 ; *De l'abus du droit* ; Rapport à la sous-commission de la Com. de revision du Code civil, *Bull. soc. ét. législ.*, 1905 ; — *Etude d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, 3^e éd. ; — *La Personnalité juridique, histoire et théorie*, 1910 ; — *De la déclaration de volonté*, 1901 ; — *Le Code civil et la méthode historique*, dans le *Livre du Centenaire*, t. I, 1904.

SAINCTELETTE et SAUZET, Responsabilité et garantie, *Rev. crit.*, 1883.

SARRAZ-BOURNET, *Une nouvelle évolution du socialisme doctrinal, le socialisme juridique*, thèse Grenoble, 1911.

SARRUT, note au D. P. 1896-1-241.

SAVATIER R., *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, thèse, Poitiers, 1916 ; — L'interdiction de sous-louer ou céder le bail, *Dalloz heb.*, 1928, chronique, p. 29 ; — Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels, *ibidem.*, 1931, chr., p. 9 ; — Règles générales de la responsabilité civile, *Rev. crit.*, 1934 ; — note au D. P. 1928-1-73.

SOURDAT, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats* (2 v.), 5^e éd., t. I.

STATI M., *Le Standard juridique*, thèse, Paris, 1927.

SULTAN R.-L., *Contribution à l'étude de l'abus des droits*, thèse, Alger, 1926.

THALLER, note au D. P. 1899-1-553.

- TRASBOT A., La Propriété commerciale, *Rev. Dr. comp.*, 1926, p. 121; — note au D. P. 1929-1-113.
- I'OUILLIER, *Le Droit civil suivant l'ordre du Code*, 5^e éd., 1830-1843 (21 v.). t. II, VI.
- WAHL A., *Du contrat de louage* (avec collab. de BAUDRY-LACANT), 3^e éd., t. I; — Du motif légitime de rupture dans le contrat de louage de services, *Questions pratiques de législ. ouvrière et d'ac. soc.*, 1903, p. 163; — Les droits des porteurs de parts bénéficiaires en cas de dissolution, *Journ. des soc.*, 1930, p. 138; — notes au S. 1903-2-225; S. 1906-1-225; S. 1906-1-209.
- WALINE, Les idées maîtresses de deux grands publicistes français: Léon Duguit et M. Hauriou, *L'Année politique*, 1929-1930.
- VANDER EYCKEN, P. *Méthode positive d'interprétation jur.*, 1907.
- VIVANTE, *L'Influenza del socialismo sul diritto private* (tr. dans *Questions pratiques de législ. ouvrière et ac. soc.*, 1903, pp. 3, 65.
- VOLANSKY AL., *Essai d'une définition expressive du Droit*, thèse, Paris, 1929.
- VOIRIN, note au D. P. 1929-2-5.
- ZACHARIÆ K.-S., *Le Droit civil français*, traduit de l'allemand sur la 5^e éd. par Massé et Vergé, 1854-1860 (5 v.), t. III, IV.

TABLE DES MATIERES

	Pages
INTRODUCTION	7
CHAPITRE PREMIER: LE PROBLEME DE L'ABUS DANS LE CADRE DE LA RESPONSABILITE CIVILE.	9
Complexité de l'idée de l'abus.	
SECTION I: <i>Forme originaire du problème de l'abus</i>	10
I. Délimitation du champ d'application de la responsabilité.	10
II. Attitude de la doctrine traditionnelle	11
SECTION II: <i>Applications et controverses doctrinales sur la notion dans le plan de la responsabilité</i>	13
§ 1: <i>Théorie jurisprudentielle de l'abus</i>	13
§ 2: <i>Doctrines sur l'application de l'article 1382 par la juris- prudence</i>	18
§ 3: <i>Conclusions sur la doctrine qui commente l'application de l'article 1382 aux cas d'abus</i>	25
SECTION III: <i>Déplacement des controverses autour de la nature de l'acte abusif</i>	29
La question de forme	29
§ 1: <i>Première thèse: Distinction entre l'acte abusif et l'acte illicite</i>	30
§ 2: <i>Deuxième thèse: L'acte abusif est un acte accompli sans droit</i>	32
§ 3: <i>Valeur comparative des deux systèmes</i>	35
(Système de Planiol et critique; système de M. Josserand et critique)	35

SECTION IV: <i>Conclusions</i>	43
(Divergences et accord apparent de la doctrine; la catégorie des actes abusifs est empirique et exprime une période de transition; l'abus se ramène à la question des limites des droits)	44
SECOND CHAPITRE: LE PROBLEME DE L'ABUS DANS LE CADRE DE LA NOTION DE DROIT SUBJECTIF	49
Conflit de tendances	49
SECTION I: <i>Le problème de l'abus au point de vue de la portée des droits subjectifs</i>	52
§ 1: <i>L'Absolutisme</i>	53
(Principes; doctrines: ancienne doctrine, doctrine contemporaine; distinction du relativisme de la question des limites des droits)	53
§ 2: <i>Le Relativisme</i>	66
(Principe; doctrines: relativisme d'équité et relativisme de principe, constructif; moralisme, finalisme)	66
SECTION II: <i>Le problème de l'abus au point de vue de la nature des droits subjectifs</i>	79
Sens de l'apposition absolutisme relativisme des droits	79
§ 1: <i>La conception individualiste du Droit et la théorie du droit-pouvoir</i>	81
Idée classique de liberté et de volonté (filiation; système révolutionnaire, le Code, Ecole de l'exégèse, séparation du Droit et de la morale)	81
Conséquence retenue: la conception du droit comme pouvoir de volonté (théorie classique: Esmein, Beudant; théorie contemporaine du droit naturel, objectivité; doctrine de M. G. Ripert)	90

§ 2: <i>Conception sociale de Droit et abus des droits</i>	92
Réaction contre l'individualisme (doctrines anti-individualistes: Ecole théocratique, C. A. Comte, sociologisme, socialisme; solidarisme et Ecole contemporaine du droit naturel objec- tif; Ecole scientifique)	92
Relations entre la tendance de l'abus et les conceptions sociales, plus spécialement avec les critiques du concept indivi- dualiste de droit subjectif.	
A. Comte, critique positiviste de Duguit; critique par M. L. Josserand; théorie de l'abus et relativisme	98
SECTION III: <i>Conclusions critiques</i>	107
I. L'abus des droits est une tendance « sociale »	107
II. Refus de la doctrine classique	109
III. Admission des tendances sociales	113
IV. Individualisme et socialisme, positions dialectiques	117
(Equilibre du social et de l'individuel; rejet de la conception du droit-fonction)	117
V. Conception du droit subjectif comme notion technique	123
VI. Conception du droit-devoir	128
VII. Abus et interprétation	135
TROISIÈME CHAPITRE: THEORIE DE L'ABUS ET EXER- CICE DES DROITS CONTRACTUELS	145
Théorie de l'abus et théorie classique d'interprétation	145
(Assouplissement du principe de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la liberté)	145
SECTION I: <i>Abus contractuel et principe de l'autonomie de la volonté</i>	149
§ 1: <i>Abus limitatif de l'autonomie</i>	152
Refus d'embauchage opposé à l'ouvrier syndicalisé	152

La « propriété commerciale » : limitation du droit du bailleur de refuser le renouvellement du bail commercial.....	154
§ 2: <i>L'abus correctif et interprétatif de la volonté</i>	159
Bail. Clauses restrictives du droit de sous-louer ou céder le droit au bail.....	159
Païement	164
Contrat de travail à durée indéterminée. Faculté unilatérale de résiliation.....	165
Mandat. Faculté de dissolution unilatérale.....	169
Société	172
SECTION II: <i>Abus contractuel et bonne foi</i>	173
Fondement de l'abus contractuel sur la notion de bonne foi et d'équité. Déplacement vers le problème du contenu du contrat	174
Sens classique des notions de bonne foi et équité.....	175
Sens objectif et social de la bonne foi. Normativité.....	176
Distinction entre les droits contractuels définis et conditionnés et les droits contractuels qui comportent une faculté d'appréciation et d'exercice du contractant. La confiance réciproque	177
Interprétation des droits contractuels indéterminés par la notion objective de bonne foi. Le standard.....	180
BIBLIOGRAPHIE	190

